



BUCERIUS LAW SCHOOL

PRESS

Schriften des Notarrechtlichen Zentrums Familienunternehmen

BAND 5

ANNE RÖTHEL, KARSTEN SCHMIDT (HRSG.)

STRATEGIE UND FÜHRUNG IN FAMILIENUNTERNEHMEN



BUCERIUS LAW SCHOOL

PRESS

Schriften des Notarrechtlichen Zentrums Familienunternehmen

Herausgegeben von den Direktoren des Notarrechtlichen Zentrums
Familienunternehmen der Bucerius Law School

Prof. Dr. Anne Röthel

Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Karsten Schmidt

Band 5

Strategie und Führung in Familienunternehmen

Verlag:

Bucerius Law School Press, Jungiusstraße 6, 20355 Hamburg

Herausgeber:

Prof. Dr. Anne Röthel, Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Karsten Schmidt

1. Auflage 2017

Herstellung und Auslieferung:
tredition GmbH, Hamburg

ISBN: 978-3-86381-094-8

Alle Rechte vorbehalten.

Das Werk, einschließlich seiner Teile, ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung ist ohne Zustimmung des Verlages und des Autors unzulässig. Dies gilt insbesondere für die elektronische oder sonstige Vervielfältigung, Übersetzung, Verbreitung und öffentliche Zugänglichmachung.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek:

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

DIE BUCERIUS
LAW SCHOOL IST EINE
GRÜNDUNG DER



Geleitwort

Das Notarrechtliche Zentrum Familienunternehmen der Bucerius Law School ist nach der fünften großen wissenschaftlichen Herbsttagung, über die dieser Band berichtet, in dem erstrebten Maße personell und sachlich ausgestattet. Es hat seinen Platz in der akademischen Gemeinschaft eingenommen. Seine Träger und Förderer, die Hamburgische Notarkammer, die Deutsche Notarrechtliche Vereinigung e.V., die Johanna und Fritz Buch Gedächtnis-Stiftung sowie die Bucerius Law School – Hochschule für Rechtswissenschaft –, haben ihre Kooperation für einen weiteren Förderungszeitraum festgeschrieben. Die Stiftungs-Juniorprofessur „Recht der Familienunternehmen“ konnte mit Prof. Dr. Jens Prütting besetzt werden, der mit großer Leidenschaft die Arbeit des Instituts zusammen mit den weiteren Direktoren Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Karsten Schmidt, Prof. Dr. Anne Röthel und Dr. Christian Bochmann vorantreibt.

Das rechtswissenschaftliche Forschungsthema Familienunternehmen ist seit der Aufnahme der Tätigkeit des Instituts auf nochmals verstärktes Interesse gestoßen. Dies zeigt sich in einer erheblichen Zunahme der Dissertationen, sonstigen Publikationen und Veranstaltungen zum Recht der Familienunternehmen. Die Institutslandschaft, die sich diesem Thema widmet, wird allerdings weiter von den Wirtschaftswissenschaften dominiert. Der spezifisch rechtswissenschaftliche Ansatz des Zentrums an der Bucerius Law School bleibt einzigartig.

Die nächste Jahrestagung des Zentrums wird am 27. Oktober 2017, wie immer in Hamburg, stattfinden. Das Thema lautet „Finanzierung in Familienunternehmen“. Hierzu laden wir bereits heute herzlich ein.

Neben den inzwischen im Kalender des Zentrums fest verankerten Werkstattgesprächen im Frühjahr, die sich direkt an die Praxis wenden, ist nunmehr ein drittes Format in Vorbereitung, das Impulse für die Rechtspolitik zum besonderen Gegenstand haben soll. Hierüber werden wir zu gegebener Zeit näher berichten.

Den Referenten und Autoren, deren Beiträge in diesem Band zusammengefasst sind und die sich auf die Tagung 2017 vorbereiten, sei an dieser Stelle herzlich gedankt.

Hamburg, im März 2017

Dr. Axel Pfeifer

Vizepräsident der
Hamburgischen Notarkammer

Prof. Dr. Rainer Kanzleiter, Notar a. D

Vorsitzender der Deutschen
Notarrechtlichen Vereinigung e.V.

Vorwort

Das Notarrechtliche Zentrum Familienunternehmen besteht seit dem Sommer 2012 an der Bucerius Law School – Hochschule für Rechtswissenschaft – in Hamburg. Es versteht sich als ein Ort der Diskussion und der Begegnung und hat sich zum Ziel gesetzt, die rechtlichen Rahmenbedingungen, unter denen Familienunternehmen wirken, systematisch sichtbar zu machen und weiterzuentwickeln. Zum Selbstverständnis des Zentrums gehört es, diese Fragen grundlagenorientiert und mit Blick auf die Bedeutsamkeit auch der Nachbarwissenschaften für das Recht der Familienunternehmen zu erschließen.

Strategie und Führung sind für Bestand und Beständigkeit von Familienunternehmen von entscheidender Bedeutung. Die Festlegung von Strategien sowie die personelle und institutionelle Ausgestaltung der Unternehmensführung berühren die Grundlagen von Familiengesellschaften und verlangen nach vielfältigen Abstimmungen sowohl auf unternehmerischer als auch auf familiärer Ebene. Die in diesem Tagungsband dokumentierte 5. Jahrestagung des Notarrechtlichen Zentrums Familienunternehmen ergründete die rechtlichen Rahmenbedingungen, unter denen dies gelingen kann.

Für das von Herrn Prof. *Dr. Jens Prütting* moderierte Unternehmernessgespräch konnten zwei herausragende Unternehmerpersönlichkeiten gewonnen werden: Frau *Susanne Bahlsen* (Bahlsen-Gruppe, Hannover) als Mitglied einer Inhaberfamilie und Herr Prof. *Dr. Timm Homann* (Ernsting's family-Gruppe, Coesfeld) als familienfremder CEO gewährten aus ganz unterschiedlichen Blickwinkeln ebenso authentische wie lebendige Eindrücke in Strategie und Führung zweier namhafter deutscher Familienunternehmen. Dies war der ideale Ausgangspunkt für die Überlegungen von Herrn Prof. *Dr. Michael Hoffmann-Becking* zu den rechtlichen und praktischen Möglichkeiten der Etablierung von CEO-Modellen in Familienunternehmens-GmbH (& Co. KG). Herr Prof. *Dr. Frank Hannes* legte in seinem Referat zu Steuerstrategien in Familienunternehmen neben der steuerlichen Optimierung im Spannungsfeld von Versorgungs- und Thesaurierungsinteressen einen besonderen Schwerpunkt auf

Nachfolgestrategien unter Berücksichtigung des jüngst reformierten Erbschaft- und Schenkungsteuerrechts. Schließlich spannte Herr *Dr. Eckhard Wälzholz* einen weiten Bogen von den gesellschaftsrechtlichen Gestaltungsmitteln im Hinblick auf Führung und Kontrolle in Familienunternehmen über besondere Stimmrechtsgestaltungen sowie Geschäftsführungs- und Vertretungssonderrechten bis hin zu Beirats- und Aufsichtsratsstrukturen.

Wir danken an dieser Stelle erneut allen Referenten sowie Diskussionsteilnehmern für ihre aufschlussreichen Beiträge.

Und noch ein weiterer Grund gibt uns Anlass zum Dank. Im Oktober 2016 haben sich die Initiatoren und Förderer des Notarrechtlichen Zentrums Familienunternehmen – die Hamburgische Notarkammer, die Deutsche Notarrechtliche Vereinigung e.V. sowie die Johanna und Fritz Buch Gedächtnis-Stiftung – einvernehmlich für die Weiterförderung des Notarrechtlichen Zentrums Familienunternehmen ausgesprochen. Ohne die finanzielle, aber auch ideelle Förderung wäre es nicht möglich gewesen, die Bucerius Law School zu einem derart lebendigen und sichtbaren Ort für den Austausch über rechtliche Fragen von Familienunternehmen zu entwickeln. Mit unserem Dank verbindet sich die Vorfreude auf noch viele Jahre fruchtbarer und inspirierender Zusammenarbeit.

Hamburg, im März 2017

Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Karsten Schmidt

Prof. Dr. Anne Röthel

Inhalt

Geleitwort

Vorwort

MICHAEL HOFFMANN-BECKING

Der CEO im Familienunternehmen

FRANK HANNES

Steuerstrategien in Familienunternehmen

ECKHARD WÄLZHOLZ

Gesellschaftsrechtliche Gestaltungsmittel zur Führung in
Familienunternehmen

Der CEO im Familienunternehmen

MICHAEL HOFFMANN-BECKING*

I. Ausgangslage

Da im deutschen Recht der Begriff „CEO“ unbekannt ist und es auch keine feststehende Definition für den Begriff „Familienunternehmen“ gibt, will ich zur Klärung der Prämissen und zugleich zur Eingrenzung des Themas kurz skizzieren, von welchen Konstellationen ich nachfolgend ausgehe.

1. Typische Konstellation

Als „CEO“ betrachte ich den Vorsitzenden der Geschäftsführung in GmbH oder GmbH & Co. KG. Ich klammere also den Vorstandsvorsitzenden der Familien-AG aus, weil es zum einen nur wenige Familien-AGs gibt und weil zum anderen die AG mit ihrer aus gutem Grund starren Organstruktur wenig Gestaltungsfreiheit bietet. Ich gehe weiter davon aus, dass alle Gesellschafter Nachkommen des Gründers des Unternehmens sind, und schließlich unterstelle ich, dass der Vorsitzende der Geschäftsführung „familienfremd“ ist, d.h. er ist weder Gesellschafter noch Ehegatte eines Gesellschafters.

2. Sonderkonstellationen

Besonders zu betrachten ist die Konstellation, in der der Vorsitzende der Geschäftsführung selbst Minderheitsgesellschafter oder Ehegatte eines Gesellschafters ist. Eine besondere Konstellation ergibt sich auch im Falle einer gemischten Geschäftsführung mit einem „familienfremden“ Vorsitzenden und einem Familienmitglied als einfachem Geschäftsführer. Auf beide Sonderkonstellationen gehe ich kurz unter IV.2. ein. Nur am Rande behandle ich die Sonderkonstellation der GmbH mit mitbestimmtem Aufsichtsrat.

II. Bestellung und Anstellung

1. Dauer von Bestellung und Anstellung

In der Praxis finden sich dazu vornehmlich drei Modelle:

a) Unbefristete Bestellung und Anstellung mit Kündigungsfrist für den Anstellungsvertrag

Dies ist die vor allem bei kleineren Gesellschaften überwiegend anzutreffende Gestaltung. Die Dauer der Bestellung richtet sich dann nach der Dauer der Anstellung, denn bei beendetem Anstellungsvertrag kann die Bestellung durch die Gesellschaft widerrufen werden, und umgekehrt kann der Geschäftsführer sein Amt niederlegen, wenn der Anstellungsvertrag beendet worden ist.

b) Unbefristete Bestellung und feste Laufzeit für den Anstellungsvertrag

Vor allem bei mittelgroßen Gesellschaften wird es zunehmend üblich, für den Anstellungsvertrag eine feste Laufzeit von zum Beispiel drei oder fünf Jahren zu vereinbaren. In diesem Fall endet der Vertrag (und in der Folge auch die Bestellung) mit Ablauf der festgelegten Laufzeit, es sei denn, beide Seiten einigen sich über eine Verlängerung.

c) Befristung und Anstellung für längstens fünf Jahre

Jedenfalls bei großen Familienunternehmen mit Fremdmanagement lehnt sich die Praxis gern an das in § 84 Abs. 1 AktG festgelegte Modell an: Bestellung und Anstellung werden für dieselbe Dauer von höchstens fünf Jahren festgelegt. Der Anstellungsvertrag enthält häufig eine Verlängerungsklausel, wonach er sich für die Dauer einer Wiederbestellung verlängert, und zur Bestellung wird zuweilen in Anlehnung an § 84 Abs. 1 Satz 2 AktG bestimmt, dass die Wiederbestellung frühestens ein Jahr vor Ablauf der bisherigen Amtszeit erfolgen kann.

2. Abberufung, Kündigung und Koppelungsklausel

Ein GmbH-Geschäftsführer kann, wenn nichts anderes bestimmt ist, auch ohne wichtigen Grund jederzeit abberufen werden. Das gilt auch für den Gesellschafter-Geschäftsführer im Familienunternehmen¹. Zum Schutz des

CEO kann es angebracht sein, in Anlehnung an das AG-Modell des § 84 Abs. 3 AktG eine Abberufung nur aus wichtigem Grund zuzulassen. Dazu genügt nach herrschender Meinung keine entsprechende Klausel im Anstellungsvertrag, sondern es muss in der Satzung geregelt werden, dass die Abberufung nur aus wichtigem Grund möglich ist. Begründet wird dies mit dem Vorrang des Organisationsrechts vor den schuldrechtlich gestalteten Anstellungsbedingungen².

Die Beendigung der Bestellung zum Geschäftsführer führt nach dem Prinzip der Trennung der beiden Rechtsverhältnisse nicht ohne Weiteres zum Ende des Anstellungsvertrags und ist für sich genommen auch kein wichtiger Grund für die außerordentliche Kündigung des Anstellungsvertrags³. Das gilt im Grundsatz ganz gleich, ob die Abberufung auch ohne wichtigen Grund oder nur aus wichtigem Grund möglich ist. Wenn die Abberufung nach dem AG-Modell des § 84 Abs. 3 AktG auf den Widerruf aus wichtigem Grund beschränkt ist, können sich die unterschiedlichen Anforderungen an den wichtigen Grund zur Abberufung und den wichtigen Grund zur außerordentlichen Kündigung des Anstellungsvertrags nach § 626 BGB auswirken⁴: Schon ein nachhaltiger Dissens über die Geschäftspolitik kann der Gesellschaft den wichtigen Grund liefern, den CEO aus seinem Amt abzurufen⁵, aber einen wichtigen Grund zur vorzeitigen Kündigung des Anstellungsvertrags hat die Gesellschaft damit noch nicht, sondern dafür muss in der Regel eine gravierende oder wiederholte Pflichtverletzung hinzukommen⁶. Der fortdauernde Anstellungsvertrag schützt den Geschäftsführer. Er erhält weiterhin seine vollen Bezüge und muss sich nach § 615 BGB nur anrechnen lassen, was er durch anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft erwirbt oder, wie es im Gesetz heißt, „zu erwerben böswillig unterlässt“.

Anders liegen die Dinge, wenn die Gesellschaft zu ihrem Schutz vor einer über die ganze Restlaufzeit des Vertrags fortdauernden Pflicht zur Zahlung der Geschäftsführerbezüge im Anstellungsvertrag eine Koppelungsklausel vereinbart hat, wonach mit dem Ende der Bestellung auch der Anstellungsvertrag endet oder jedenfalls die Gesellschaft zur vorzeitigen Kündigung berechtigt wird⁷. Eine solche Koppelung des Bestandes des Anstellungsvertrags an den Bestand der Bestellung wird in der Rechtsprechung des BGH für zulässig erachtet, vorausgesetzt, sie ist klar und eindeutig verabredet. Der BGH verlangt nur, dass der Anstellungsvertrag noch für die Dauer der gesetzlichen Kündigungsfrist

des § 622 Abs. 2 BGB fort dauert⁸.

Zur Vereinbarung einer Koppelungsklausel wird der Geschäftsführer allerdings vernünftigerweise nur bereit sein, wenn das durch die Koppelung ausgelöste Ende des Anstellungsvertrags mit einer Abfindungsregelung verbunden wird⁹. Üblich ist eine Abfindung in Höhe von ein bis zwei Jahresbezügen, vorausgesetzt, dass der Vertrag noch eine Restlaufzeit von mehr als einem Jahr beziehungsweise zwei Jahren hatte. Bei Aktiengesellschaften gehört eine derart modifizierte Koppelungsklausel mittlerweile zum „Stand der Technik“, und auch bei einer GmbH mit einem Fremd-CEO kann eine Regelung nach dem AG-Modell mit Koppelungsklausel und Abfindungsfolge den Interessen beider Seiten angemessen Rechnung tragen.

3. Vertragspartner bei GmbH & Co. KG/AG & Co. KG

Bei der Kapitalgesellschaft & Co. KG kann der Anstellungsvertrag des Geschäftsführers/Vorstandsmitglieds mit der Komplementärgesellschaft abgeschlossen werden, die ihn bestellt hat. Häufig wird er jedoch stattdessen mit der Kommanditgesellschaft abgeschlossen¹⁰. Das liegt jedenfalls insofern nahe, als die Bezüge ohnehin von der Kommanditgesellschaft getragen werden müssen und bei einem Abschluss des Anstellungsvertrags mit der KG der Umweg über die Erstattung der Bezüge durch die KG an die Komplementärin erspart wird.

Wenn die Komplementär-GmbH oder Komplementär-AG einen mitbestimmten Aufsichtsrat besitzt, der über die Bestellung des Geschäftsführers/Vorstandsmitglieds entscheidet, kann es reizvoll sein, den Anstellungsvertrag mit der KG abzuschließen und auf diese Weise die Regelung der Anstellungskonditionen nicht dem mitbestimmten Aufsichtsrat zu überlassen, sondern den Gesellschaftern der KG oder einem von den Gesellschaftern eingesetzten Beirat. Allerdings ist umstritten und in der Rechtsprechung nicht geklärt, ob der Aufsichtsrat der Komplementärgesellschaft bei dieser Gestaltung völlig außen vor bleibt. Manche Autoren treten dafür ein, dass nur der mitbestimmte Aufsichtsrat den Anstellungsvertrag abschließen könne, und zwar als Anstellungsvertrag mit der Komplementärgesellschaft¹¹. Weniger weit gehen andere Autoren, welche die Drittanstellung bei der KG zwar für zulässig erachten, aber einen Zustimmungsvorbehalt für den Aufsichtsrat der Komplementärgesellschaft annehmen¹². Wohl herrschend ist jedoch

nach wie vor die Auffassung, wonach eine Mitwirkung des Aufsichtsrats der Komplementärgesellschaft nicht erforderlich ist¹³. Denkbar ist auch eine vermittelnde Lösung nach dem folgenden Modell: Da die Höhe und Gestaltung der Bezüge Einfluss haben kann auf die Meinungsbildung des Aufsichtsrats zur Bestellung oder Wiederbestellung des Geschäftsführers, kann der Aufsichtsrat verlangen, über den Inhalt des Anstellungsvertrags informiert zu werden.

4. Haftungsbeschränkung

Geschäftsführer einer GmbH haften nach § 43 GmbHG schon für leichte und sogar leichteste Fahrlässigkeit. Anders als beim Vorstand einer AG ist es möglich, den Haftungsmaßstab für die Haftung nach § 43 Abs. 2 GmbHG auf grobe Fahrlässigkeit und Vorsatz zu beschränken oder die Haftung für Fahrlässigkeit sogar vollständig auszuschließen¹⁴. Ein Ausschluss der Haftung für leichte Fahrlässigkeit ergibt sich für den GmbH-Geschäftsführer nach herrschender Meinung nicht schon – entgegen den für Angestellte geltenden arbeitsrechtlichen Regeln – nach den Grundsätzen der Haftung bei betrieblich veranlasster und besonders „schadensgeneigter“ Tätigkeit¹⁵. Die Haftungsbeschränkung muss vielmehr ausdrücklich vereinbart sein. Dabei fällt auf, dass anders als bei der Beschränkung der Abberufung auf den Widerruf aus wichtigem Grund eine Haftungsbeschränkung nach herrschender Meinung nicht unbedingt in der Satzung festgelegt sein muss, sondern auch im Anstellungsvertrag vereinbart werden kann¹⁶. Insoweit soll also kein Vorrang des Organisationsrechts gelten. Begründen lässt sich dies wohl damit, dass die im Haftungsfall verletzten Pflichten des Geschäftsführers sowohl aus der Amtsstellung als auch aus seiner anstellungsvertraglichen Bindung hergeleitet werden können.

5. Nachvertragliches Wettbewerbsverbot

Die Vereinbarung eines Wettbewerbsverbots mit dem Geschäftsführer für die Dauer von bis zu zwei Jahren nach Vertragsende ist häufig anzutreffen, aber nur selten anzuraten. Der BGH hat zwar eine entsprechende Anwendung der für Angestellte geltenden Schutzvorschriften der §§ 74 ff. HGB auf nachvertragliche Wettbewerbsverbote mit GmbH-Geschäftsführern abgelehnt und lediglich einen Schutz über § 138 BGB

eingeräumt¹⁷. In der Rechtsprechung der Oberlandesgerichte werden dennoch im Ergebnis weitgehend die §§ 74 ff. HGB entsprechend angewendet, wenn auch nur auf dem Umweg über § 138 BGB¹⁸. Die Rechtsunsicherheit ist groß, und im Zweifel hat der Geschäftsführer gute Chancen, die gegenständliche Reichweite und damit die Wirksamkeit des Wettbewerbsverbots in Zweifel zu ziehen oder jedenfalls eine Karrenzentschädigung zu verlangen, die nicht wesentlich unter der Entschädigung nach § 74 Abs. 2 HGB bleibt. Für die Praxis rate ich, ein nachvertragliches Wettbewerbsverbot nur bei einem wirklichen Geheimnisträger in Betracht zu ziehen. Das kann der für Forschung und Entwicklung zuständige Geschäftsführer sein, der CFO und der CEO dagegen eher nicht.

6. Sozialversicherungspflicht und Schutz durch Arbeitsrecht

Der Geschäftsführer einer GmbH ist nicht Arbeitnehmer. Deshalb sind die Schutzvorschriften des Arbeitsrechts in der Regel nicht anwendbar, und zwar auch dann nicht, wenn es sich um den nicht zum Gesellschafterkreis gehörenden Fremdgeschäftsführer handelt und dieser dem Weisungsrecht der Gesellschafter unterworfen ist. Nicht anwendbar ist demgemäß zum Beispiel das Kündigungsschutzgesetz (§ 14 Abs. 1 Nr. 1 KSchG). Andere Schutzvorschriften, die nicht zum Arbeitsrecht im engeren Sinne zählen, sind dagegen anwendbar, zum Beispiel das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG) und der Schutz der Pensionsansprüche durch das Betriebsrentengesetz (siehe § 17 Abs. 1 Satz 2 BetrAVG).

III. Bezüge

Generell lässt sich feststellen, dass exzessiv hohe Bezüge bei Familienunternehmen seltener anzutreffen sind als bei börsennotierten Publikumsgesellschaften. Andererseits sind die Bezüge der Geschäftsführer von Familienunternehmen nach meinem Eindruck nicht selten ein Stück weit höher als bei Nicht-Familienunternehmen vergleichbarer Größe. Das mag daran liegen, dass Geschäftsführer in Familienunternehmen stärker den nicht unbedingt betriebswirtschaftlicher Rationalität folgenden Einflussnahmen der Familie ausgesetzt sind und ihnen dafür ein gewisser finanzieller Ausgleich gewährt wird.

Zu den Arten der Bezüge im Einzelnen:

1. Festgehalt und Jahrestantieme

Reine Festgehälter ohne eine erfolgsabhängige Tantieme finden sich insbesondere bei den Bezügen eines CEO nur ganz selten. Typisch ist vielmehr die Kombination des Festgehalts mit einer Jahrestantieme, die in „Normaljahren“ 30-50 Prozent des Festgehalts ausmacht. Aber insbesondere bei größeren Familienunternehmen sind die Gesellschafter (oder der von ihnen eingesetzte Beirat) bestrebt, die Geschäftsführer und insbesondere den CEO durch ein relativ niedriges Fixgehalt und eine hohe Tantieme, die in guten Jahren sogar erheblich über dem Fixgehalt liegen kann, unternehmerähnlich zu vergüten.

Nicht nur bei Familienunternehmen, aber auch dort tendieren die Geschäftsführer zur Vereinbarung einer exakt „rechenbaren“ Tantieme, die an eine betriebswirtschaftlich vernünftige und im Zweifel vom Wirtschaftsprüfer nachzuprüfende Definition des Jahresergebnisses anknüpft. Aber noch immer ist die vielgescholtene Ermessenstantieme gerade bei Familienunternehmen eine besonders häufige Form der Tantieme-Bemessung, und es empfiehlt sich in der Tat, zumindest einen erheblichen Teil der Tantieme der Ermessensentscheidung des Aufsichtsgremiums zu überlassen. Denn trotz der unbestreitbaren Vorteile einer „rechenbaren“ Tantieme ist nicht zu verkennen, dass kein anderes System eine so flexible, nuancierte Leistungsbeurteilung erlaubt wie die Ermessenstantieme, durch die insbesondere zwischen beeinflussbaren und nicht beeinflussbaren Erfolgsfaktoren unterschieden werden kann.

2. Beteiligung an Steigerung des Unternehmenswertes

Eine echte Beteiligung, sei es in Form eines offen gehaltenen Anteils oder einer stillen Beteiligung, wird dem CEO im Familienunternehmen nur selten eingeräumt. Nach meinem Eindruck sind solche Beteiligungsmodelle in neuerer Zeit noch seltener geworden, während sie von Private Equity-Investoren typischerweise dem Management in Aussicht gestellt werden. Im Familienunternehmen ist die Beteiligung des CEO am Gesellschaftskapital, wenn sie überhaupt eingeräumt wird, in der Regel mit einer Rückgabepflicht bei Ausscheiden verbunden. An einer derart beschränkten Beteiligung sind die Geschäftsführer nach meinem Eindruck jedoch wenig interessiert, da sie das Kapitalverlustrisiko lieber den Familiengesellschaftern allein überlassen. Was dagegen hin und wieder anzutreffen ist, ist eine Beteiligung des CEO an der während seiner

Tätigkeit erwirtschafteten Steigerung des Unternehmenswerts durch eine Abschlusszahlung beim Ausscheiden.

Von solchen individuellen Lösungen zu unterscheiden sind die bei großen Familienunternehmen zunehmend anzutreffenden „Long Term Incentive“-Vergütungsprogramme, die auf eine Steigerung des Unternehmenswerts, einen sogenannten „Economic Value Added (EVA)“, abstellen, wobei der geschaffene Mehrwert aus der Überschreitung einer vorgegebenen Soll-Rendite errechnet wird. Dabei wird durchweg der Kreis der Bezugsberechtigten über die Geschäftsführung hinaus auf die oberen Führungskräfte erstreckt und die Zusatzvergütung nach einem gegebenenfalls positiven Saldo aus den Ergebnissen einer ganzen Reihe von Jahren ermittelt. Ich kenne mehrere Familienunternehmen, die mit solchen Programmen gute Erfahrungen gemacht haben.

3. Ruhegeldzusage

Zum typischen Vergütungspaket für den CEO eines Familienunternehmens gehört noch immer die Ruhegeldzusage, wenngleich nach meinem Eindruck die Bedeutung dieser Vergütungsform eher rückläufig ist, wie auch sonst die Unternehmen mit der Gewährung von Betriebsrenten immer vorsichtiger werden. Aus Sicht des Geschäftsführers ist auch zu bedenken, dass die Insolvenzversicherung seines Pensionsanspruchs nach § 7 Abs. 3 BetrAVG der Höhe nach beschränkt ist, nämlich auf das Dreifache der monatlichen Bezugsgröße gemäß § 18 SGB IV, das sind derzeit rund 8.900 Euro monatlich.

Interessant ist der Wechsel in den Regeln für die Bemessung der Pension. Während es früher sowohl bei Familienunternehmen als auch bei börsennotierten Kapitalgesellschaften üblich war, das Ruhegehalt nach einem bestimmten Prozentsatz des letzten Festgehalts zu bemessen, wobei die Höhe dieses Prozentsatzes von der Zahl der Dienstjahre abhängig gemacht wurde¹⁹, hat sich zunächst bei den großen Kapitalgesellschaften und nun auch bei den Familiengesellschaften ein grundlegender Wandel vom System des „defined benefit“ zum System der „defined contribution“ ergeben. Maßgeblich ist danach die Addition der Jahresbeiträge aus den einzelnen Jahren der Tätigkeit des Geschäftsführers, wobei sich die Höhe dieser „Bausteine“ an den jeweiligen Jahresbezügen ausrichtet²⁰. Wenn ich recht sehe, sind Pensionszusagen, die dem Geschäftsführer einen mit dem Dienstalter steigenden Prozentsatz des letzten Jahresgehalts versprechen,

inzwischen zur Ausnahme geworden. Der Nachteil einer solchen Regelung liegt auf der Hand, nämlich die unangemessene „Hebelwirkung“ der letzten Gehaltserhöhungen vor dem Eintritt in den Ruhestand. Heute ist es – wie schon gesagt – ganz üblich, Jahresbeiträge anzusammeln, die sich nach den Aktivbezügen der einzelnen Jahre richten.

Für die Unverfallbarkeit der Versorgungsanwartschaft des Geschäftsführers gelten ebenso wie für die Versorgungsanwartschaften von Angestellten die Regelungen des Betriebsrentengesetzes (BetrAVG); anders als bei Angestellten sind diese gesetzlichen Regelungen jedoch bei Organmitgliedern weitgehend abdingbar²¹.

Wenn der CEO vor Erreichen der Altersgrenze und ohne Invalidität ausscheidet, nimmt er die gegebenenfalls unverfallbare Versorgungsanwartschaft mit. Manchmal wird aber auch weitergehend im Vertrag vorgesehen, dass mit dem vorzeitigen Ausscheiden bereits der Pensionsfall eintritt (sogenannter „Dritter Pensionsfall“)²². Der BGH spricht bei solchen Gestaltungen von einem „Übergangsgeld“²³, das bis zur Altersgrenze nicht durch den PSV insolvenzgeschützt ist. Die Vereinbarung eines „Dritten Pensionsfalls“ ist auch heute noch hier und da vornehmlich in Pensionszusagen an Vorstandsvorsitzende großer Aktiengesellschaften anzutreffen, um deren gesteigertem „Arbeitsplatzrisiko“, das heißt vor allem dem Risiko der Nichtwiederbestellung durch den mitbestimmten Aufsichtsrat, Rechnung zu tragen. Durch einige in den Medien behandelte Fälle ist diese Gestaltung ein wenig in Misskredit geraten. Aber das heißt nicht, dass sie nicht auch für den CEO eines Familienunternehmens in einer besonderen Konstellation in Betracht kommen kann, selbstverständlich nur mit einer erheblichen Anrechnung anderweitiger Einkünfte bis zur Altersgrenze.

IV. Stellung in der Geschäftsführung

1. Vorrang gegenüber Kollegen

Der CEO im Familienunternehmen ist typischerweise Vorsitzender und nicht nur Sprecher der Geschäftsführung. Der Unterschied liegt im Folgenden: Der Sprecher hat innerhalb des Kollegiums der Geschäftsführer vorrangig administrative Funktionen, insbesondere obliegt ihm die Vorbereitung, Leitung und Protokollierung der Sitzungen, und er ist außerdem „Sprecher“ nach außen, repräsentiert also die

Geschäftsführung und damit die Gesellschaft gegenüber der Öffentlichkeit. Der Vorsitzende hat auch diese Funktionen, aber darüber hinaus obliegt ihm die sachliche Koordination der Tätigkeit aller Geschäftsführungsressorts mit der Folge, dass er – verglichen mit einem „einfachen“ Geschäftsführer – in verstärktem Maße auch für die geschäftsführungsinterne Überwachung verantwortlich ist²⁴. Rechtlich ist es unstreitig möglich, dem Vorsitzenden für Beschlüsse der Geschäftsführung ein Recht zum Stichentscheid bei Stimmengleichheit einzuräumen, und weitergehend ist es auch möglich, ihm ein umfassendes Vetorecht für den Fall zu gewähren, dass er von der Mehrheit der Kollegen überstimmt wird. Noch weitergehend wird es bei der GmbH als zulässig angesehen, den CEO als „Hauptgeschäftsführer“ herauszustellen und ihm ein Weisungsrecht gegenüber den Mitgeschäftsführern einzuräumen²⁵. Früher war eine solche Gestaltung vor allem bei kleineren Unternehmen nicht ganz selten, heute sind „Hauptgeschäftsführer“ noch bei Verbänden verbreitet anzutreffen. Allerdings hat der BGH neuerdings für die GmbH Zweifel angemeldet, ob es – abgesehen von Sonderkonstellationen – zulässig ist, die Mitgeschäftsführer derart zu weisungsgebundenen Quasi-Prokuristen zu machen²⁶.

2. Sonderfälle

Nicht selten gelangt ein Minderheitsgesellschafter oder Ehegatte eines Minderheitsgesellschafters in die Stellung des Vorsitzenden der Geschäftsführung des Familienunternehmens. Verglichen mit dem familienfremden CEO hat er möglicherweise den Vorteil, dass die Familie sich selbst bei anhaltendem Misserfolg schwerer tut, ihn von seiner Position abzulösen. Andererseits hat er den Nachteil, dass er wesentlich stärker als ein familienfremder CEO den nicht selten ziemlich irrationalen Einflussnahmen und vielleicht sogar Anfeindungen aus dem Gesellschafterkreis ausgesetzt ist. Bewunderung und Neid liegen manchmal dicht beieinander und schließen einander keineswegs aus. Wenn somit die Rolle des Gesellschafters mit relativ kleinem Anteil im Vorsitz der Geschäftsführung besondere Probleme mit sich bringen kann, so ist es natürlich nicht ausgeschlossen, dass sich der Vorsitzende trotz schmaler „Hausmacht“, was die Größe seiner Beteiligung betrifft, im Laufe der Jahre durch anhaltenden Erfolg zu einem unangefochtenen „Patron“ entwickelt.

Schwierig ist auch, wenngleich aus ganz anderen Gründen, die Position

eines Gesellschafters als einfaches Mitglied der Geschäftsführung in einer gemischten Geschäftsführung unter einem familienfremden CEO. Daraus können sich Schwierigkeiten für den Fremd-CEO ergeben, da sein Kollege in der Geschäftsführung geneigt sein kann, bei Meinungsverschiedenheiten seine Rolle als Gesellschafter („Principal“ vs. „Agent“) herauszukehren. Schwierig ist diese Konstellation aber vor allem für den Gesellschafter, wenn er sich in der gemischten Geschäftsführung dem Fremd-CEO unterordnen muss. Es ist deshalb nicht verwunderlich, dass solche Konstellationen durchweg nur als Übergangslösung in Betracht kommen, frei nach der Faustregel: Wenn der Gesellschafter nach fünfjähriger Zugehörigkeit zur Geschäftsführung nicht in den Vorsitz aufrückt, sollte er das Kollegium verlassen.

3. Aufsichtsmittel der Gesellschafter

Die Gesellschafter (oder ein Beirat oder Gesellschafterausschuss, auf den die auf die Geschäftsführung bezogenen Gesellschafterrechte delegiert sind) können für die Geschäftsführung eine Geschäftsordnung erlassen und insbesondere die Geschäftsverteilung unter den Geschäftsführern regeln. Nach dem Recht der GmbH besteht auch ohne ausdrückliche Regelung im Gesellschaftsvertrag ein Zustimmungsvorbehalt der Gesellschafter für außergewöhnliche Geschäfte²⁷. In der Regel belässt man es jedoch nicht bei diesem in der Abgrenzung unsicheren generellen Zustimmungsvorbehalt, sondern regelt im Gesellschaftsvertrag oder in der Geschäftsordnung für die Geschäftsführung einen Katalog von Geschäften und Maßnahmen, die nur mit Zustimmung der Gesellschafter beziehungsweise des Beirats oder Gesellschafterausschusses vorgenommen werden dürfen. Nun können allerdings die Gesellschafter, wenn nichts anderes geregelt ist, nicht nur einen umfassenden Zustimmungsvorbehalt für außergewöhnliche Geschäfte in Anspruch nehmen, sondern sie besitzen auch ein umfassendes Weisungsrecht gegenüber den Geschäftsführern, durch das sie nicht nur die großen Linien der Geschäftspolitik bestimmen, sondern der Geschäftsführung bis ins Detail verbindliche Vorgaben machen können²⁸. Um die Stellung der Geschäftsführung und ihres familienfremden Vorsitzenden zu stärken, kann es angebracht sein, das Weisungsrecht der Gesellschafter zumindest insoweit auszuschließen, als zwar Richtlinien zur Geschäftspolitik erlassen werden können, nicht jedoch Einzelweisungen erteilt werden dürfen. Der Ausschluss oder die Beschränkung des Weisungsrechts kann nach

herrschender Meinung allerdings nur in der Satzung der Gesellschaft erfolgen, also nicht im Anstellungsvertrag des Vorsitzenden der Geschäftsführung²⁹. Begründet wird dies wiederum mit dem Vorrang des Organisationsrechts der GmbH gegenüber schuldrechtlichen Absprachen mit dem Geschäftsführer.

V. Stellung und Verhalten gegenüber Gesellschaftern

1. Übergang vom familiengeführten zum familienkontrollierten Unternehmen

Wenn sich die Gesellschafter des bislang von Familienmitgliedern geführten Unternehmens dazu entschließen, die Geschäftsführung oder jedenfalls den Vorsitz der Geschäftsführung einem nicht zur Familie gehörenden Manager zu überlassen, wird dies in der Beratungspraxis häufig als ein gewissermaßen naturgemäßer Entwicklungsschritt im Übergang des familiengeführten zum familienkontrollierten Unternehmen dargestellt und angeraten. Ich habe allerdings auch schon die ketzerische Frage gehört: Wenn die Gesellschafter nicht oder nicht mehr zur Führung befähigt sind, wie sollen sie dann zur qualifizierten Kontrolle der Führung befähigt sein? Richtig ist daran nur, dass die Gesellschafter gut beraten sind, wenn sie für die Kontrolle des Managements professionelle „Kontrolleure“ hinzuziehen, typischerweise durch die gemischte Besetzung des Beirats oder Gesellschafterausschusses mit Gesellschaftern und Nicht-Gesellschaftern. Das führt zugleich zur Mediatisierung und zur Professionalisierung des Gesellschaftereinflusses, woran nicht zuletzt der Fremd-CEO großes Interesse haben muss.

Noch eine Bemerkung zum Gesellschaftereinfluss: Mit wachsender Zahl der Gesellschafter wird die Stellung der Geschäftsführung tendenziell stärker. Wenn es zum Beispiel nur sechs, acht oder zehn Gesellschafter gibt, von denen jeder eine wesentliche Beteiligungsquote hält, hält sich jeder Gesellschafter für befugt und sogar verpflichtet, auf die Geschäftsführung Einfluss zu nehmen. Wenn die Zahl der Gesellschafter weit darüber hinaus angewachsen ist, also zum Beispiel dreißig, vierzig oder fünfzig Personen zählt, ist dem einzelnen Gesellschafter bewusst, dass es auf ihn allein nicht ankommt. Deshalb spricht viel dafür, dass mit wachsender Zahl der Gesellschafter die Geschäftsführung gestärkt wird und es jedenfalls aus Sicht der Geschäftsführung vergleichsweise einfacher ist, ein Familienunternehmen mit großem Gesellschafterkreis zu führen als

ein Familienunternehmen mit nur wenigen Gesellschaftern.

2. Vorrang der Eigentümer

Zum Schluss will ich noch einige unjuristische Ratschläge für den familienfremden CEO anfügen:

Ganz gleich, wie die gesellschaftsrechtlichen Kautelen aussehen, kann ein nicht zu den Gesellschaftern gehörender CEO nur dann nachhaltig erfolgreich für das Unternehmen und die Gesamtfamilie wirken, wenn er den Entscheidungsvorrang der Gesellschafter in den grundlegenden Fragen des Unternehmens und seiner Geschäftspolitik respektiert. Er muss diese Prerogative der Eigentümer hinnehmen und respektieren, denn es ist ihr Unternehmen und nicht sein Unternehmen.

Der Fremd-CEO ist darüber hinaus gut beraten, wenn er auch einen gewissen sozialen Vorrang der Gesellschafter respektiert. Konkret heißt das, dass er auch in seinem externen Auftritt, zum Beispiel von der Größe seines Wohnhauses bis hin zur Mitgliedschaft in Clubs und dem Auftritt auf dem gesellschaftlichen Parkett, darauf achtet, dass er nicht den maßgeblichen Gesellschaftern den Rang abläuft.

Schließlich sollte der CEO im Familienunternehmen sorgfältig darauf achten, dass er die Gesellschafter gleichbehandelt, und er sollte auch eine möglichst gleiche Distanz zu allen Gesellschaftern und Gesellschafterstämmen wahren und sich nicht etwa besonders eng mit einzelnen Gesellschaftern liieren.

* Prof. Dr. Michael Hoffmann-Becking ist Partner der Anwaltssozietät Hengeler Mueller und Honorarprofessor an der Universität Bonn.

¹ *Paefgen*, in: Ulmer/Habersack/Löbbe (Hrsg.), GmbHG Großkommentar, Bd. 2, 2. Aufl., 2014, § 38 Rn. 11; *Stephan/Tieves*, in: Fleischer/Goette (Hrsg.), Münch. Komm. GmbHG, Bd. 2, 2. Aufl., 2015, § 38 Rn. 17.

² *Paefgen*, in: Ulmer/Habersack/Löbbe (Hrsg.) (Fn. 1), § 38 Rn. 22 mit Nachweisen aus der Rechtsprechung; *Zöllner/Noack*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 21. Aufl., 2016, § 38 Rn. 21.

³ *Zöllner/Noack*, in: Baumbach/Hueck (Fn. 2), § 35 Rn. 209.

⁴ *Paefgen*, in: Ulmer/Habersack/Löbbe (Hrsg.) (Fn. 1), § 38 Rn. 87; *Zöllner/Noack*, in: Baumbach/Hueck (Fn. 2), § 35 Rn. 222; vgl. auch *Koch*, in: Hüffer/Koch, AktG, 12. Aufl., 2016, § 84 Rn. 50.

⁵ So zu § 84 Abs. 3 AktG die ganz h.M., siehe *Seyfarth*, Vorstandsrecht, 2016, § 19 Rn. 28; *Fleischer*, in: Spindler/Stilz (Hrsg.), Kommentar zum AktG, Bd. 1, 3. Aufl.,

- 2015, § 84 Rn. 107; *Lutter/Krieger/Verse*, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats, 6. Aufl., 2014, Rn. 365; *Spindler*, in: Goette/Habersack (Hrsg.), Münch. Komm. AktG, Bd. 2, 4. Aufl., 2014, § 84 Rn. 132; a. A. *Goette*, in: FS 50 Jahre BGH, 2000, S. 123, 129 und *Koch*, in: Hüffer/Koch (Fn. 4), § 84 Rn. 36.
- ⁶ *Zöllner/Noack*, in: Baumbach/Hueck (Fn. 2), § 35 Rn. 220; *Paefgen*, in: Ulmer/Habersack/Löbbe (Hrsg.) (Fn. 1), § 38 Rn. 99.
- ⁷ Dazu ausführlich *Paefgen*, in: Ulmer/Habersack/Löbbe (Hrsg.) (Fn. 1), § 38 Rn. 253 ff.; *Jaeger*, in: Münch. Komm. GmbHG (Fn. 1), § 35 Rn. 392 ff.
- ⁸ BGH v. 29.5.1989 – II ZR 20/88, ZIP 1989, 1190 und BGH v. 21.6.1999 – II ZR 27/98, ZIP 1999, 1669; OLG Saarbrücken v. 8.5.2013 – 1 U 154/12, NZG 2013, 784.
- ⁹ Vgl. zur AG *Hoffmann-Becking*, ZIP 2007, 2101, 2103; *Seyfarth* (Fn. 5), § 20 Rn. 6 f.; *Bauer/Arnold*, BB 2008 1692; *Lutter*, BB 2009, 1874.
- ¹⁰ Zur Zulässigkeit der Drittanstellung siehe *Seyfarth* (Fn. 5), § 7 Rn. 35; *E. Vetter*, in: FS Hoffmann-Becking, 2013, S. 1297, 1302 ff.; *Jooß*, NZG 2011, 1130; *Seibt*, in: K. Schmidt/Lutter (Hrsg.), Kommentar zum AktG, Bd. 1, 3. Aufl., 2015, § 84 Rn. 26; a. A. nur *Theobald*, in: FS Raiser, 2005, S. 422, 437.
- ¹¹ *Fonk*, NZG 2010, 368, 370; *Kort*, in: Hopt/Wiedemann (Hrsg.), Großkommentar zum AktG, Bd. 4/1, 4. Aufl., 2006, § 84 Rn. 326 f.; *Mertens/Cahn*, in: Zöllner/Noack (Hrsg.), Kölner Kommentar zum AktG, Bd. 2/1, 3. Aufl., 2010, § 84 Rn. 56.
- ¹² *Wiesner*, in: Hoffmann-Becking (Hrsg.), Münch. Hdb. Gesellschaftsrecht, Bd. 4 (AG), 4. Aufl., 2015, § 21 Rn. 5; *Lutter/Krieger/Verse* (Fn. 5), § 7 Rn. 439; *Seyfarth* (Fn. 5), § 7 Rn. 37.
- ¹³ *E. Vetter*, in: FS Hoffmann-Becking, 2013, S. 1297, 1310; *Jooß*, NZG 2011, 1130, 1131; *Reuter*, AG 2011, 274, 280.
- ¹⁴ *Zöllner/Noack*, in: Baumbach/Hueck (Fn. 2), § 43 Rn. 5; *Paefgen*, in: Ulmer/Habersack/Löbbe (Hrsg.) (Fn. 1), § 43 Rn. 8 f.
- ¹⁵ *Paefgen*, in: Ulmer/Habersack/Löbbe (Hrsg.) (Fn. 1), § 43 Rn. 42; *Kleindiek*, in: Lutter/Hommelhoff (Hrsg.), GmbH-Gesetz, 19. Aufl., 2016, § 43 Rn. 39; vgl. auch die Diskussion zur Vorstandshaftung bei *Koch*, AG 2012, 429 ff. und AG 2014, 513 ff.; *G. Hoffmann*, NJW 2012, 1393; *Casper*, ZHR 176 (2012), 617; *Brommer*, AG 2014, 121; *Fehrenbach*, AG 2015, 761.
- ¹⁶ BGH v. 16.9.2002 – II ZR 107/01, GmbHR 2002, 1197, 1198; *Kleindiek*, in: Lutter/Hommelhoff (Hrsg.) (Fn. 15), § 43 Rn. 66; *Paefgen*, in: Ulmer/Habersack/Löbbe (Hrsg.) (Fn. 1), § 43 Rn. 12; *Zöllner/Noack*, in: Baumbach/Hueck (Fn. 2), § 43 Rn. 5.
- ¹⁷ BGH v. 26.3.1984 – II ZR 229/83, BGHZ 91, 1 = WM 1984, 996.
- ¹⁸ Nachweise bei *Hoffmann-Becking*, in: FS Quack, 1991, S. 273 ff.; *Kielowski*, NZG 2015, 900.
- ¹⁹ Zur typischen Gestaltung siehe *Seyfarth* (Fn. 5), § 6 Rn. 17 f.
- ²⁰ Zu dieser Form der Zusage siehe *Seyfarth* (Fn. 5), § 6 Rn. 27 ff.
- ²¹ BAG AP Nr. 20 zu § 1 BetrAVG Beamtenversorgung; *Wiesner*, in: Münch. Hdb. Gesellschaftsrecht (Fn. 12), § 21 Rn. 74 f.; *Thüsing/Granetzny*, NZG 2010, 449; *Seyfarth* (Fn. 5), § 6 Rn. 67 f.
- ²² S. dazu *Wiesner*, in: Münch. Hdb. Gesellschaftsrecht (Fn. 12), § 21 Rn. 70, 84;

Seyfarth (Fn. 5), § 6 Rn. 34 ff.; *Fonk*, in: FS Semler, 1993, S. 139, 145.

- ²³ BGH v. 25.11.1996 – II ZR 118/95, WM 1997, 68; BGH v. 23.10.75 – II ZR 90/73, WM 1975, 1237, 1239; BGH v. 16.3.1981 – II ZR 222/79, WM 1981, 762, 764.
- ²⁴ Vgl. *Koch*, in: Hüffer/Koch (Fn. 4), § 84 Rn. 29 f.; *Hoffmann-Becking*, ZGR 1998, 497, 517.
- ²⁵ *Zöllner/Noack*, in: Baumbach/Hueck (Fn. 2), § 37 Rn. 33.
- ²⁶ BGH v. 6.3.2012 – II ZR 76/11, NJW 2012, 1656, 1258 = GmbHR 2012, 638. Anders die Berufungsinstanz OLG Karlsruhe v. 23.3.2011 – 7 U 81/10, GmbHR 2011, 535, 538: „organisationsrechtlich unbedenklich“.
- ²⁷ *Paefgen*, in: Ulmer/Habersack/Löbbe (Hrsg.) (Fn. 1), § 37 Rn. 10; *Kleindiek*, in: Lutter/Hommelhoff (Hrsg.) (Fn. 15), § 37 Rn. 10; differenzierend *Zöllner/Noack*, in: Baumbach/Hueck (Fn. 2), § 37 Rn. 7 ff.
- ²⁸ *Paefgen*, in: Ulmer/Habersack/Löbbe (Hrsg.) (Fn. 1), § 37 Rn. 26; *Zöllner/Noack*, in: Baumbach/Hueck (Fn. 2), § 37 Rn. 20.
- ²⁹ *Paefgen*, in: Ulmer/Habersack/Löbbe (Hrsg.) (Fn. 1), § 37 Rn. 28; *Kleindiek*, in: Lutter/Hommelhoff (Hrsg.) (Fn. 15), § 37 Rn. 26.

Steuerstrategien in Familienunternehmen

FRANK HANNES*

I. Eingrenzung und Abgrenzung

Der Begriff des Familienunternehmens ist schillernd. Es erscheint deshalb notwendig, einleitend zu kennzeichnen, um welche Unternehmen es im Folgenden gehen soll. Denn unnötige Steuerbelastungen will jedes Unternehmen und jeder Entscheidungsträger im Unternehmen vermeiden.

Im Mittelpunkt der folgenden Ausführungen sollen Unternehmen stehen, bei denen der Einfluss der Inhaber so groß ist, dass im Rahmen von unternehmerischen Entscheidungen, insbesondere zu Rechtsform, Strukturierung und Investitionen, auf die persönlichen steuerlichen Belange der Inhaber Rücksicht zu nehmen ist. Das ist beispielsweise nicht der Fall in börsennotierten Aktiengesellschaften oder Publikum-KGs. Bei diesen muss sich das Management in der Regel deutlich weniger Gedanken über die steuerlichen Belange der Aktionäre oder Kommanditisten machen oder zumindest nur insoweit, als eine Steuerersparnis oder eine Verschiebung der Steuerlast auf spätere Jahre Kern des Anlagemodells ist oder dieses sogar erst wirtschaftlich attraktiv macht. Derartige Publikumsgesellschaften verhalten sich außerhalb ihres Anlagekonzepts zudem mehr oder weniger steuerlich neutral zu ihren Anteilseignern und der einzelne Aktionär oder Kommanditist ist in der Regel auch nicht mit den notwendigen Mitwirkungsrechten ausgestattet, um die Steuerstrategie des Unternehmens selbst zu beeinflussen. Das ist bei Familienunternehmen anders. Bei diesen steht im Fokus des unternehmerischen Handels auch immer der Familiengesellschafter selbst. Hier legt die Unternehmerfamilie Wert darauf, dass auch ihre individuellen steuerlichen Interessen berücksichtigt werden, weshalb sie auch häufig entscheidenden Einfluss auf Strukturüberlegungen und sonstige unternehmerische Maßnahmen nimmt und diese auf ihre Kompatibilität mit den eigenen steuerlichen Interessen prüft.

Es geht daher nicht um Strategien, die in jedem Unternehmen zur Steueroptimierung führen und es geht auch nicht, zumindest nicht

grundsätzlich, um Handlungsempfehlungen auf Gesellschafterebene¹. Vielmehr stehen im Mittelpunkt der nachfolgenden Überlegungen Steuerstrategien des Unternehmens zum steuerlichen Wohl seiner Inhaber, der Unternehmerfamilie. Die Anknüpfungspunkte für die Strategieüberlegungen sind deshalb nicht im Unternehmen, sondern in der Familie zu suchen.

II. Familiäre Anknüpfungspunkte für steuerstrategische Überlegungen

Als familiäre Anknüpfungspunkte für strategische Überlegungen auf Unternehmensebene lassen sich – freilich ohne Anspruch auf Vollständigkeit – insbesondere die folgenden ausmachen:

- der Versorgungsbedarf einzelner Familiengesellschafter;
- der Erhalt des Unternehmens in der Familie und der Übergang werthaltiger Unternehmensbeteiligungen durch Erbfall oder Maßnahmen vorweggenommener Erbfolge;
- die internationale Mobilität der Familiengesellschafter und
- der Erhalt unternehmerischer Freiheit.

Die Anknüpfungspunkte zeigen, dass es nicht nur die eine Steuerstrategie für Familienunternehmen geben kann, die „richtige“ Strategie vielmehr von den individuellen Verhältnissen und Prioritäten der einzelnen Familienmitglieder abhängt, die aber durchaus sehr unterschiedlich sein können.

Aus den individuell unterschiedlichen Anknüpfungspunkten resultiert nicht selten auch ein steuerlich veranlassenes Konfliktpotenzial innerhalb des Gesellschafterkreises der Familiengesellschaft. So bestehen beispielsweise häufig unterschiedliche Interessen von

- versorgungsbedürftigen Gesellschaftern und wirtschaftlich unabhängigen Gesellschaftern,
- älteren und jüngeren Gesellschaftern,
- kinderlosen Gesellschaftern und Gesellschaftern mit Abkömmlingen,
- international orientierten und bodenständigen Gesellschaftern sowie
- aktiven und passiven Gesellschaftern.

Darüber hinaus besteht auch häufig ein Konfliktpotenzial zwischen Unternehmen und Familie, insbesondere wenn das Familienunternehmen ausschließlich oder auch von einem Fremdmanagement geführt wird. Das Management ist an erster Stelle der Gesellschaft und allenfalls nachrangig den Gesellschaftern verpflichtet, insbesondere, wenn unterschiedliche steuerliche Interessenlagen innerhalb des Gesellschafterkreises bestehen. Eine für einen Gesellschafter sinnvolle Maßnahme kann sich aber für das Unternehmen wirtschaftlich nachteilig auswirken und umgekehrt kann eine wirtschaftlich sinnvolle Maßnahme den Gesellschaftern oder einzelnen Gesellschaftern steuerliche Nachteile bringen.

III. Versorgungsinteresse kontra Thesaurierungsinteresse – laufende Besteuerung

Vor allem in Familiengesellschaften mit größerem Gesellschafterkreis kann der wirtschaftliche Hintergrund der einzelnen Gesellschafter sehr unterschiedlich sein. So gibt es aktive Gesellschafter, die schon von ihrer Tätigkeitsvergütung leben können, aber auch vermögende passive Gesellschafter, bei denen die Gesellschaftsbeteiligung nur einen kleinen Teil ihres Vermögens und ihrer Einkunftsquelle darstellt. Genauso gibt es jedoch Gesellschafter, die von ihren Entnahmen und den Ausschüttungen aus der Gesellschaft leben müssen und daher auf regelmäßigen und planbaren Zufluss aus dem Unternehmen angewiesen sind. In derartigen Konstellationen gilt es, das Entnahme- und Ausschüttungsinteresse versorgungsbedürftiger Gesellschafter und das Thesaurierungsverlangen wirtschaftlich unabhängiger Gesellschafter auszubalancieren. Entnahmen und Ausschüttungen auf der einen Seite und Thesaurierung auf der anderen Seite haben aber immer auch steuerliche Auswirkungen. Seit Einführung der Thesaurierungsbegünstigung auch für mitunternehmerische Personengesellschaften (§ 34a EStG) sind die Unterschiede in der laufenden Steuerbelastung der beiden steuerlich relevanten Rechtsformkategorien, nämlich der Kapitalgesellschaft und der mitunternehmerischen Personengesellschaft, zwar eher gering und, was bei strategischen Überlegungen berücksichtigt werden sollte, sich ohnehin verändernd und damit häufig nivellierend in der Zeit. Dennoch bestehen nach wie vor Rechtsformunterschiede, die sich vor allem auch dann auswirken, wenn individuell unterschiedlichen Interessen innerhalb des Gesellschafterkreises Rechnung getragen werden soll.

Die Kapitalgesellschaft ist der Idee nach – steuerlich betrachtet – eine

thesaurierende Gesellschaft. Es findet auf Ebene der Gesellschaft zunächst eine niedrige Besteuerung in Form der Körperschaftsteuer und Gewerbesteuer statt mit zusätzlicher Belastung auf Gesellschafterebene mit Einkommensteuer erst bei Ausschüttung. Bei Personengesellschaften hingegen erfolgt zunächst eine hohe Besteuerung auf Gesellschafterebene mit der Möglichkeit, die Einkommensteuerbelastung durch Inanspruchnahme der Thesaurierungsbegünstigung auf ein Maß zu reduzieren, welches in etwa der Belastung auf Ebene einer Kapitalgesellschaft entspricht. In einer allein auf das Unternehmen als Einkunftsquelle bezogenen „Netto-Betrachtung“ ist die Thesaurierung in einer GmbH jedoch günstiger. Dies liegt darin begründet, dass in der Personengesellschaft der Gesellschafter selbst die Steuer auf die thesaurierten Gewinne zu zahlen hat und nicht die Gesellschaft. Dafür aber muss der Gesellschafter die zwar nach § 34a EStG reduzierte, dennoch aber nicht unbedeutende Einkommensteuer entnehmen. Für diese Steuerentnahme gibt es jedoch keine Sonderregelung, das heißt sie reduziert wie jede andere Entnahme auch das Potenzial für eine Inanspruchnahme von § 34a EStG. Damit ergibt sich für den Personengesellschafter – freilich abhängig vom individuellen Steuersatz und Gewerbesteuerhebesatz – durchgerechnet eine Belastung von 36 Prozent statt dem angestrebten „Regelsatz“ von 28,25 Prozent (zuzüglich Solidaritätszuschlag)². Die Thesaurierungsbegünstigung kann in der Personengesellschaft von jedem Gesellschafter individuell in Anspruch genommen werden.

Die Berücksichtigung individueller Interessen fällt hingegen in der Kapitalgesellschaft schwerer. Ausschüttungen erfolgen hier grundsätzlich quotenentsprechend, das heißt auch thesaurierungswillige Gesellschafter unterliegen der Ausschüttungsbelastung³. Wer mit dem Unternehmen in der Rechtsform der Kapitalgesellschaft bleiben möchte, kann zur steuerlich wirksamen Individualisierung der Ausschüttungsbelastung bei einer GmbH Satzungsregelungen vorsehen, die eine „individuelle“ Ausschüttung von Gewinnen erlauben. Zur steuerlichen Anerkennung solcher Regelungen bedarf es indes einer sorgfältigen Prüfung und gegebenenfalls Bestätigung durch verbindliche Auskunft.

Bei Holding-Personengesellschaften mit nachgeschalteten Kapitalgesellschaften als wesentliche Ertragsquelle kann folgendes Konzept überlegt werden:

Die Gesellschafter A und B sind zu jeweils 50 Prozent an der M GmbH &

Co. KG beteiligt, welche sämtliche Anteile an der T GmbH hält. A möchte die Gewinne thesaurieren, B benötigt aber seinen Gewinnanteil zur privaten Lebensführung. In der Satzung der T GmbH ist deshalb geregelt, dass diese mindestens ihren Jahresüberschuss in Höhe des mittelbar auf B entfallenden Anteils ausschüttet. Im Gesellschaftsvertrag der M GmbH & Co. KG ist flankierend hierzu vereinbart, dass diese Regelausschüttung aus der T GmbH dem Kommanditisten B als Gewinnvorab zugerechnet wird. Zu dem thesaurierten Teil des Gewinns der T GmbH enthält die Satzung die Regelung, dass dieser Teil in die Gewinnrücklage einzustellen ist, eine Ausschüttung aber jederzeit von A verlangt werden kann. Korrespondierend hierzu sieht der Gesellschaftsvertrag der M GmbH & Co. KG vor, dass sämtliche Ausschüttungen, die über die Regelausschüttung der T GmbH hinausgehen, dem A als Gewinnvorab zugewiesen werden. Ziel der Gestaltung ist, dass die disquotale Gewinnverteilung innerhalb der KG auch steuerliche Anerkennung findet, was voraussetzt, dass das Motiv für diese vertragliche Sonderregelung, nämlich den individuell unterschiedlichen Ausschüttungspräferenzen Rechnung zu tragen, auch steuerlich nachvollzogen wird. Dies sollte jedenfalls im Wege einer verbindlichen Auskunft vor Durchführung einer solchen Maßnahme abgesichert werden. Im Zuge dessen sollte auch geklärt werden, dass hierauf § 3 Nr. 40 EStG Anwendung findet und die auf die Ausschüttung an die M GmbH & Co. KG anfallenden Abzugsbeträge (Kapitalertragsteuer und Solidaritätszuschlag) dem Gesellschafter zur Anrechnung auf seine persönliche Steuer zugewiesen werden, dem auch die Ausschüttung – sei es die Regelausschüttung oder die Sonderausschüttung – zu Gute kommt.

Daneben sind weitere und durchaus erprobtere Strukturmaßnahmen zur Individualisierung von Entnahmen und Ausschüttungen denkbar, so das Halten des Kapitalgesellschaftsanteils über eine Kapitalgesellschaft statt unmittelbar oder die Schaffung von separaten versorgungssichernden Einheiten, die dem operativen Betrieb Anlagevermögen zur Verfügung stellen und gegebenenfalls nur von einzelnen Gesellschaftergruppen gehalten werden.

IV. Steueroptimierte Nachfolge – Erbschaft und Schenkungsteuer

Neben Maßnahmen zur Steueroptimierung auf Gesellschafterebene (Ausnutzung des zehn-Jahresrhythmus; Verteilung auf mehrere Erwerber; Vorbehalt von wertreduzierenden Nießbrauchrechten und Ähnliches)

hängt spätestens mit der Erbschaftsteuerreform 2009 die Höhe der Erbschaft- und Schenkungsteuer auch wesentlich von der Vermögensstruktur des Unternehmens ab. Teilweise bestehen auch hier Rechtsformunterschiede. Die Erbschaftsteuerreform 2016 hat hierzu teils neue Parameter geschaffen. Für Familienunternehmen gilt es, eine Vermögensstruktur zu schaffen und vorzuhalten, welche im weitestgehenden Umfang eine Inanspruchnahme der erbschaftsteuerlichen Verschonung nach den §§ 13a, 13b, 13c und 28a ErbStG bei unentgeltlichen Erwerben von Unternehmensbeteiligungen sicherstellt.

Maßnahmen hierzu können sein:

- die Herstellung und Sicherung einer begünstigungsfähigen Vermögenseinheit;
- eine Eliminierung oder zumindest Reduzierung des nicht begünstigten Vermögens;
- die Einhaltung der 90 Prozent-Verwaltungsvermögensquote als Grundvoraussetzung für die Inanspruchnahme der Verschonung;
- die Einhaltung der 20 Prozent-Verwaltungsvermögensquote für die Inanspruchnahme der Vollverschonung;
- die Sicherung des Wertabschlags für qualifizierte Familienunternehmen;
- die Eliminierung oder zumindest die Reduzierung von verfügbarem Vermögen bei Inanspruchnahme des Erlassmodells;
- die Beachtung der Lohnsummengrenzen und
- die Vermeidung von Behaltenspflichtverstößen.

1. Das erbschaftsteuerliche Verschonungssystem im Kurzüberblick

Mit dem Erbschaftsteueranpassungsgesetz 2016 ist die Verschonung des Erwerbs unternehmerischen Vermögens im Anschluss an die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 14.12.2014 zumindest in Teilen grundlegend neu geregelt worden. Die „Normalverschonung“, die für Erwerbe bis zu einem Wert von 26 Mio. Euro in Anspruch genommen werden kann, besteht wie schon nach altem Recht aus einem 85-prozentigen Verschonungsabschlag (sogenannte Regelverschonung) und auf Antrag des Steuerpflichtigen aus einem hundertprozentigen Verschonungsabschlag (sogenannte Vollverschonung oder Optionsverschonung). Allerdings bezieht sich der Verschonungsabschlag

nicht mehr auf das gesamte unternehmerische Vermögen. Vielmehr ist dieses nunmehr sogenannte begünstigungsfähige Vermögen aufzuteilen in einen begünstigten Teil und einen nicht begünstigten Teil. Die Verschonungsabschläge aber beziehen sich nur auf den begünstigten Teil des begünstigungsfähigen Vermögens. Der nicht begünstigte Teil unterliegt hingegen grundsätzlich der vollen Besteuerung. Eine Vollverschonung kommt nach neuem Recht nur in Betracht, soweit das begünstigungsfähige Vermögen nicht zu mehr als 20 Prozent aus Verwaltungsvermögen besteht. Demgegenüber wird die Regelverschonung scheinbar voraussetzungslos gewährt. Jedoch ist nach § 13b Abs. 2 S. 2 ErbStG das begünstigungsfähige Vermögen vollständig nicht begünstigt, wenn – vereinfacht – das Verwaltungsvermögen mindestens 90 Prozent des gemeinen Werts des begünstigungsfähigen Vermögens beträgt. Da sich aber der Verschonungsabschlag im neuen Recht nur auf den begünstigten Teil des begünstigungsfähigen Vermögens bezieht, kommt in diesem Fall auch die Regelverschonung nicht zur Anwendung.

Beibehalten wurde die auch schon aus dem alten Recht bekannte Nachsorgephase, in welcher der Erwerber begünstigten Vermögens nachweisen muss, dass die mit der Verschonung angestrebten Gemeinwohlziele nachhaltig erfüllt werden. Hierzu gehört zum einen die sogenannte Lohnsummenkontrolle (§ 13a Abs. 3, Abs. 4 und Abs. 7 ErbStG) und zum anderen die Erfüllung der Behaltenspflichten (§ 13a Abs. 6 und Abs. 7 ErbStG). Die Nachsorgefristen betragen bei der Regelverschonung fünf Jahre und bei der Vollverschonung sieben Jahre. In dieser Zeit darf das Unternehmen nicht verkauft – und vereinfacht – keine Substanz entnommen werden und es ist ein Mindestmaß an Löhnen und Gehältern zu zahlen. Andernfalls erfolgt eine rückwirkende Kürzung der Verschonungsabschläge.

Als weitere, neben die Verschonungsabschläge (und den Abzugsbetrag nach § 13a Abs. 2 ErbStG) tretende Steuerbefreiung wurde ein Wertabschlag für qualifizierte Familiengesellschaften eingeführt. Hiernach reduziert sich der gemeine Wert des begünstigten Vermögens um einen Abschlag, welcher sich nach der Abfindungsregelung im Gesellschaftsvertrag der Gesellschaft bestimmt, an der die Anteile erworben wurden. Er entspricht der Differenz von Klauselwert und gemeinem Wert der Beteiligung, maximal jedoch 30 Prozent. Der Abschlag kann in Anspruch genommen werden, wenn der Gesellschaftsvertrag bestimmte, gesetzlich vorgeschriebene Entnahme- oder Ausschüttungsbeschränkungen sowie Verfügungs- und

Abfindungsbeschränkungen enthält. Der Wertabschlag erfolgt vor Anwendung des Verschonungsabschlags und kann daher dazu führen, dass bei Erwerben bis zu einem Wert von 37 Mio. Euro die 26 Mio. Euro-Grenze für die Normalverschonung nicht überschritten wird und deshalb die vollen Verschonungsabschläge in Anspruch genommen werden können.

Wird die 26 Mio. Euro-Grenze überschritten, kommt als Begünstigung nur eine Verschonung nach § 13c ErbStG (Abschmelzung des Verschonungsabschlags) oder nach § 28a ErbStG (Erlass im Umfang der Bedürftigkeit des Erwerbers) in Betracht, die im neuen Recht als besondere Verschonungsarten für Großerwerbe neben die §§ 13a, 13b ErbStG getreten sind. Nach der Abschmelzungsregelung reduziert sich der Verschonungsabschlag um ein Prozent für jede vollen 750.000 Euro um die der Wert des Erwerbs (gegebenenfalls nach Wertabschlag) die 26 Mio. Euro-Grenze übersteigt. Ab einem Wert von 90 Mio. Euro gibt es keinen Verschonungsabschlag mehr. Alternativ hierzu steht dem Erwerber eine Begünstigung nach der Erlassregelung des § 28a ErbStG zur Verfügung. Hiernach wird sein Erwerb zunächst voll besteuert. Jedoch kann er den Erlass der auf den begünstigten Teil des begünstigungsfähigen Vermögens entfallenden Steuer insoweit beantragen, als ihm kein „verfügbares Vermögen“ zur Erbringung der Steuer zur Verfügung steht. Zum verfügbaren Vermögen gehört miterworbenes nicht begünstigtes Vermögen und damit auch das nicht begünstigte Vermögen in der begünstigungsfähigen Einheit sowie nicht begünstigtes Eigenvermögen des Erwerbers. Auch nicht begünstigtes Vermögen, welches er in der folgenden zehn Jahren unentgeltlich erwirbt, und zwar egal von wem und egal wieviel, wird nachträglich zur Hälfte als verfügbares Vermögen zur Steuer herangezogen und mindert entsprechend den Erlass.

2. Herstellung oder Sicherung begünstigungsfähiger Unternehmenseinheiten

Erste Voraussetzung zur Erlangung der Verschonung ist, dass die von dem Familienunternehmer gehaltene Unternehmensbeteiligung als begünstigungsfähiges Vermögen im Sinne des § 13b Abs. 1 ErbStG qualifiziert wird. Begünstigungsfähig sind hiernach neben land- und forstwirtschaftlichem Vermögen zum einen Betriebsvermögen, insbesondere Einzelunternehmen und mitunternehmerische Personengesellschaften im Inland, der EU oder dem EWR und zum

anderen Beteiligungen an Kapitalgesellschaften mit Geschäftsleitung oder Sitz im Inland, der EU oder dem EWR, an deren Nennkapital der Erblasser oder Schenker mit mehr als 25 Prozent unmittelbar beteiligt ist. Die 25 Prozent-Grenze kann allerdings durch den Abschluss einer Poolvereinbarung mit Mitgesellschaftern überwunden werden. Die Erbschaftsteuerreform hat entgegen ursprünglicher Planung hierzu keine Änderung gebracht⁴.

Gestaltungsrelevant sind insoweit insbesondere zwei Rechtsformunterschiede. Personengesellschaften sind in jeder Anteilshöhe begünstigt, bei Kapitalgesellschaften gilt die 25 Prozent-Grenze. Zwar eröffnet das Gesetz geringer beteiligten Gesellschaften die Möglichkeit, mit Mitgesellschaftern eine Poolvereinbarung mit Verfügungsbeschränkungen und einheitlicher Stimmrechtsausübung zu schließen und sich so deren Anteile zurechnen zu lassen. Jedoch bedeuten derartige Poolverträge immer auch einen Eingriff in das Machtgefüge der Gesellschaft. Wo auf einen erbschaftsteuerlich motivierten Pool verzichtet werden kann, sollte auch darauf verzichtet werden. Eine das bestehende Machtgefüge erhaltende Gestaltungsvariante gestattet die Finanzverwaltung, indem sie trotz des Gesetzeswortlauts, wonach die Gesellschafter sich verpflichten müssen, ihre Stimmrechte „gegenüber nicht gebundenen Gesellschaftern“ einheitlich auszuüben, auch einen „100 Prozent-Pool“ anerkennt. Hier können die Stimmrechtsregelungen des Gesellschaftsvertrages in der Innengesellschaft des Pools gespiegelt und so erbschaftsteuerlich veranlasste Abhängigkeiten unter den Gesellschaftern vermieden werden. Zur Installation eines derartigen 100 Prozent-Pools bedarf es aber eben auch der Mitwirkung aller Familiengesellschafter.

Ein zweiter Rechtsformunterschied betrifft die Beschränkung der Begünstigungsfähigkeit auf Vermögen beziehungsweise Gesellschaften im Inland, der EU und dem EWR. Während es bei der Personengesellschaft auf die (steuerliche) Belegenheit des Vermögens der Gesellschaft ankommt, wird bei der Kapitalgesellschaft allein auf deren Ansässigkeit abgestellt. Liegt also der Sitz oder die Geschäftsleitung einer Kapitalgesellschaft im Inland, der EU oder dem EWR, so ist der Erwerb des Anteils an der Kapitalgesellschaft unabhängig von der Belegenheit ihres Vermögens begünstigungsfähig. Hingegen steht die Transparenz der Personengesellschaft einer Begünstigungsfähigkeit von Drittlandsvermögen, beispielsweise eine unselbständige Betriebsstätte in der Schweiz, entgegen⁵.

Ein weiterer Rechtsformunterschied besteht hinsichtlich der Gesellschaft von Gesellschaftern zur Nutzung überlassener Wirtschaftsgüter (Vermietung von Immobilien, Darlehen und Ähnliches). Bei Personengesellschaften qualifizieren diese Wirtschaftsgüter regelmäßig als Sonderbetriebsvermögen des Gesellschafters und gehören damit zum Mitunternehmeranteil und sind von dessen Begünstigungsfähigkeit erfasst. Hingegen gehören der Kapitalgesellschaft zur Nutzung überlassene Gegenstände zum Privatvermögen des Gesellschafters und sind daher nicht begünstigungsfähig.

Beispiel: Überlässt der mit 50 Prozent an der AB-Gesellschaft im Wert von 10 Mio. Euro und ohne eigenes Verwaltungsvermögen beteiligte A der Gesellschaft ein Darlehen von 1 Mio. Euro, so gehört in der Personengesellschaft seine Darlehensforderung neben seinem Gesellschaftsanteil zum begünstigungsfähigen Vermögen und der Erwerb seiner Beteiligung mit Darlehen löst nach der Regelverschonung eine Steuerbelastung von $(6 \text{ Mio.} \times 15 \text{ Prozent} = 900.000 \times 19 \text{ Prozent Steuersatz} =) 171.000 \text{ Euro}$ aus. Handelt es sich hingegen bei der Gesellschaft um eine GmbH, so entsteht dem Erwerber eine Steuerbelastung von $(5 \text{ Mio.} \times 15 \text{ Prozent} + 1 \text{ Mio.} = 1.750.000 \times 19 \text{ Prozent} =) 332.500 \text{ Euro}$, also bei wirtschaftlich identischen Verhältnissen 161.500 Euro mehr.

3. Eliminierung oder zumindest Reduzierung des nicht begünstigten Vermögens

Eine wesentliche Änderung der Erbschaftsteuerreform 2016 liegt im Wegfall des Alles-Oder-Nichts-Prinzips des alten Rechts. Hiernach war das im begünstigungsfähigen Vermögen enthaltene Verwaltungsvermögen mitbegünstigt, soweit bei der Regelverschonung die Verwaltungsvermögensquote nicht über 50 Prozent und bei der Vollverschonung nicht über zehn Prozent lag. Dies war nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts nicht verfassungskonform. Das neue Recht sieht deshalb eine generelle Vollversteuerung des nicht begünstigten Vermögens (sogenanntes Verwaltungsvermögen) vor. Es gilt daher, den nicht begünstigten Teil innerhalb des begünstigungsfähigen Vermögens möglichst gering zu halten.

Von praktischer Relevanz ist dabei beispielsweise die Anlage von Liquiditätsreserven im Unternehmen in einerseits Wertpapiere (zum Beispiel Aktien, Rentenpapiere und Ähnliches) oder andererseits

Finanzmittel (zum Beispiel Festgeld). Während Wertpapiere generell als Verwaltungsvermögen qualifizieren, gelten Finanzmittel nur in dem Umfang als Verwaltungsvermögen, in dem sie nach Verrechnung mit den Schulden des Unternehmens 15 Prozent des Unternehmenswertes übersteigen.

Allerdings kann sich ein Unternehmen einen geringen Anteil an Verwaltungsvermögen durchaus leisten. Bis zur Höhe von zehn Prozent des begünstigten Vermögens wird nämlich Verwaltungsvermögen in unschädliches Verwaltungsvermögen und damit wiederum begünstigtes Vermögen umqualifiziert. Dieser zehnpromzentige Kulanzpuffer sollte daher bei der Vermögensstrukturierung im Unternehmen Beachtung finden.

4. Einhaltung der 90 Prozent-Verwaltungsvermögensquote für die Inanspruchnahme der Verschonung

Zwar hat die Abschaffung des Alles-Oder-Nichts-Prinzips den Nachteil, dass es zwar nicht mehr auf alles die Begünstigung gibt, aber die Begünstigung entfällt auch nicht mehr ganz, wenn im Unternehmen mehr als 50 Prozent (beziehungsweise zehn Prozent bei Vollverschonung) Verwaltungsvermögen vorhanden ist. Jedoch gilt dies nur grundsätzlich. Auch im neuen Recht kann die Verschonung gänzlich entfallen, wenn nämlich der Wert des Verwaltungsvermögens mindestens 90 Prozent des Wertes des begünstigungsfähigen Vermögens ausmacht. Dabei wird allerdings das Verwaltungsvermögen in anderer Weise bestimmt als bei der Ermittlung des nicht begünstigten Teils des begünstigungsfähigen Vermögens. Insbesondere findet keine Verrechnung mit Rückstellungen für Pensionsverpflichtung statt. Auch erfolgt im Rahmen des Finanzmitteltests keine Saldierung mit Schulden und es wird auch kein Freibetrag in Höhe von 15 Prozent des Unternehmenswerts gewährt. Weiterhin ist im Rahmen der Ermittlung der 90-prozentigen Verwaltungsvermögensquote keine anteilige Schuldenverrechnung möglich, so dass das „Brutto-Verwaltungsvermögen“ maßgeblich bleibt, und es findet auch keine Umqualifizierung von Verwaltungsvermögen im Umfang des zehnpromzentigen Kulanzpuffers statt. Aufgrund dieser Restriktionen können insbesondere Unternehmen mit hohem Bestand an Forderungen und Verbindlichkeiten, etwa Handelsunternehmen mit hohen Kundenforderungen und korrespondierend hierzu Verbindlichkeiten aus Lieferungen und Leistungen, die 90 Prozent-Verwaltungsvermögensquote überschreiten und die Verschonung verlieren. Auch die Einhaltung der 90

Prozent-Grenze ist daher eine originäre Aufgabe des Unternehmens.

5. Einhaltung der 20 Prozent-Verwaltungsvermögensquote für die Vollverschonung

Entsprechendes gilt für die 20 Prozent-Verwaltungsvermögensquote, die das Gesetz als Voraussetzung für die Inanspruchnahme der Vollverschonung fordert. Auch diese berechnet sich anders als der nicht begünstigte Teil des begünstigungsfähigen Vermögens, aber auch anders als die 90 Prozent-Verwaltungsvermögensquote. Die Restriktionen beschränken sich hier auf die allgemeine Schuldensaldierung und die Inanspruchnahme des zehnprozentigen Kulanzpuffers. Beides ist bei der Bestimmung der 20 Prozent-Verwaltungsvermögensquote nicht möglich.

6. Sicherung des Wertabschlags für qualifizierte Familiengesellschaften

Bei qualifizierten Familiengesellschaften erfolgt ein Wertabschlag, und zwar in dem Umfang, in dem die gesellschaftsvertraglich vereinbarte Abfindung unter dem gemeinen Wert liegt, maximal jedoch in Höhe von 30 Prozent. Voraussetzung hierfür ist jedoch, dass im Gesellschaftsvertrag folgende Kautelen vereinbart sind:

- Entnahme und Ausschüttungsbeschränkung auf höchstens 37,5 Prozent des steuerlichen Gewinns nach Einkommensteuer (Steuerentnahmen bleiben zusätzlich möglich);
- Begrenzung des nachfolgeberechtigten Personenkreises auf Mitgeschafter, Angehörige im Sinne des § 15 AO und Familienstiftungen im Sinne des § 1 Abs. 1 Nr. 4 ErbStG;
- Abfindung unter dem gemeinen Wert der Beteiligung.

Diese Beschränkungen müssen nicht nur vereinbart sein, und das schon zwei Jahre vor der Schenkung oder dem Erbfall, sondern auch entsprechend „gelebt“ werden. Zwar gelten für den Wertabschlag nicht die für die Verschonungsabschlüsse geltenden Nachsorgepflichten (Lohnsummenkontrolle und Behaltenspflichten), jedoch entfällt der Abschlag, wenn innerhalb von 20 Jahren (!) nach dem Steuerentstehungstichtag die Voraussetzungen (gesellschaftsvertragliche Regelungen und tatsächliche Umsetzung) entfallen. Verfahrensrechtlich wird dies dadurch abgesichert, dass der Erwerber verpflichtet ist, einen Wegfall der Voraussetzungen dem Finanzamt anzuzeigen und vor

Kenntnis des Finanzamtes keine Festsetzungsverjährung eintritt. Aufgrund der sehr hohen Hürden zur Erlangung des Wertabschlags dürfte die praktische Relevanz dieser Regelung eher gering werden.

7. Eliminierung oder zumindest Reduzierung des verfügbaren Vermögens bei Inanspruchnahme des Erlassmodells

Wie ausgeführt, kann bei Erwerben im Wert von über 26 Mio. Euro nicht mehr die Normalverschonung in Anspruch genommen werden, stattdessen aber eine Abschmelzung des Verschonungsabschlags oder ein Erlass der Steuer im Umfang der Bedürftigkeit des Erwerbers beantragt werden. Bis zu einem Erwerb von 90 Mio. Euro sind die steuerlichen Auswirkungen von einerseits Abschmelzungsmodell und andererseits Erlassmodell zu vergleichen. Ab Erwerben von mehr als 90 Mio. Euro wird ein Verschonungsabschlag nicht mehr gewährt und es steht nur noch das Erlassmodell als Verschonungsart zur Verfügung. Da ein Erlass nur insoweit gewährt wird, als der Erwerber kein verfügbares Vermögen hält, gilt es, dem Erwerber möglichst wenig nicht begünstigtes und damit – jeweils in Höhe der Hälfte des Wertes – verfügbares Vermögen zu übertragen. Aus Sicht des Familienunternehmens ist dabei relevant, dass zum verfügbaren Vermögen auch die Hälfte des im Unternehmen vorhandenen nicht begünstigten Vermögens (Verwaltungsvermögen) gehört, welches der Erwerber mittelbar in Form seiner Beteiligung miterwirbt. Auch zur Optimierung des Erlassmodells gilt es daher, den nicht begünstigten Teil des begünstigungsfähigen Vermögens möglichst gering zu halten. Relevant ist dies auch für diejenigen, die schon am Unternehmen beteiligt sind, aber entweder weitere Unternehmensbeteiligungen oder Beteiligungen an anderen begünstigungsfähigen Unternehmen erhalten, da in diesem Fall das nicht begünstigte Vermögen im Familienunternehmen – wiederum zur Hälfte – als verfügbares Eigenvermögen qualifiziert wird.

8. Beachtung der Lohnsummengrenzen

Mit der Erbschaftsteuerreform wurde die Beschäftigtengrenze, bei deren Überschreiten eine Lohnsummenkontrolle stattzufinden hat, von 20 Beschäftigten auf fünf Beschäftigte herabgesetzt. Damit unterfallen zukünftig deutlich mehr Familienunternehmen der Lohnsummenkontrolle. Bei ihnen gilt es, in Zeiten vor einer Übertragung die Lohnsumme

möglichst gering zu halten und in den Jahren nach der Übertragung tendenziell höher, zumindest so hoch, dass die sogenannte Mindestlohnsumme erreicht wird. Ansonsten kommt es zu einer anteiligen Kürzung des Verschonungsabschlags.

Bei der Regelverschonung darf die Summe des Lohnaufwands der dem Erwerb folgenden fünf Jahre 400 Prozent der Ausgangslohnsumme nicht unterschreiten. Bei der Vollverschonung sind es 700 Prozent der Ausgangslohnsumme in sieben Jahren. Die Ausgangslohnsumme ist eine Jahreslohnsumme, sie bestimmt sich nach dem Durchschnitt der letzten vollendeten Wirtschaftsjahre vor dem Erbfall oder der Schenkung. Bei Unternehmen mit geringer Beschäftigtenzahl (mehr als fünf bis zehn Beschäftigte und mehr als zehn bis 15 Beschäftigte) ist die Mindestlohnsumme reduziert. Aus Unternehmenssicht empfiehlt sich zum einen eine laufende Lohnsummenkontrolle, zum anderen aber auch Maßnahmen zur Reduzierung der Ausgangslohnsumme vor der Übertragung und Maßnahmen zur Erhöhung der Mindestlohnsumme nach der Übertragung. Derartige Maßnahmen können beispielsweise der Verkauf von Tochtergesellschaften mit beachtlichem Lohnaufwand noch vor einer Übertragung (statt kurz danach) und der Erwerb von derartigen Gesellschaften nach einer Übertragung sein. Auch die Verlagerung von Arbeitnehmern von Gesellschaften in Drittstaaten in Gesellschaften im Inland oder innerhalb der EU oder dem EWR kann nach einer Übertragung sinnvoll sein. In Unternehmensgruppen ist zu beachten, dass die Löhne und Gehälter von Arbeitnehmern und Beteiligungsgesellschaften nur zu berücksichtigen sind, wenn diese Sitz oder Geschäftsleitung im Inland, der EU oder einem EWR-Staat haben und – bei Beteiligungen an Kapitalgesellschaften – die mittelbare oder unmittelbare Beteiligung mehr als 25 Prozent beträgt. Durch eine Aufstockung von relevanten Beteiligungen über die 25 Prozent-Grenze oder die Verlagerung von Ansässigkeit kann daher weiteres Lohnsummenpotential in der Mindestlohnsummenzeit geschaffen werden. Risiken bestehen bei Umstrukturierungen. So kann insbesondere das Vorschalten von Stammesgesellschaften nach Auffassung der Finanzverwaltung Lohnsummenpotential vernichten⁶.

9. Vermeidung von Behaltenspflichtverstößen

Die Vermeidung von Behaltenspflichtverstößen ist zwar vorrangig Aufgabe des Erwerbers, also des Familiengeschafters. Von Seiten des

Unternehmens können Behaltenspflichtverstöße jedoch beispielsweise ausgelöst werden durch die Veräußerung wesentlicher Betriebsgrundlagen ohne entsprechende Reinvestition. Dabei ist wiederum auf einen Rechtsformunterschied hinzuweisen. Während bei Personengesellschaften bereits die Veräußerung der wesentlichen Betriebsgrundlage einen Behaltenspflichtverstoß darstellt, ist dies bei Kapitalgesellschaften nach herrschender Auffassung erst dann der Fall, wenn das Vermögen, also der Veräußerungserlös, an die Gesellschafter verteilt wird, somit eine entsprechende Ausschüttung erfolgt. Auch bei Umstrukturierungen ist zu gewährleisten, dass diese keinen Behaltenspflichtverstoß begründen. Insbesondere sind die Folgen von Umstrukturierungen auf unteren Ebenen weder im Gesetz noch in Verlautbarungen der Finanzverwaltung eindeutig geregelt.

V. Mobilität – Reduzierung von Wegzugs- und Entstrickungsrisiken

1. Beteiligung an deutschen originär gewerblich tätigen Personengesellschaften

Soweit der Familiengeschafter, der aus Deutschland wegziehen und insbesondere seine unbeschränkte Einkommensteuerpflicht in Deutschland aufgeben will, an einer deutschen originär gewerblich tätigen Personengesellschaft beteiligt ist, besteht grundsätzlich kein Entstrickungsrisiko, da Deutschland (in der Regel auch abkommensrechtlich) sein Besteuerungsrecht aus der als Betriebsstätte zu qualifizierenden Personengesellschaft behält. Die originär gewerblich tätige Personengesellschaft ist daher wegzugs- und entstrickungsfest.

2. Anteile an Kapitalgesellschaften

Anderes gilt hingegen bei Anteilen von wegzugswilligen Familiengeschaftern an Kapitalgesellschaften. Hier ist zu differenzieren zwischen Anteilen an Kapitalgesellschaften, die im steuerlichen Privatvermögen gehalten werden, Anteilen an Kapitalgesellschaften im (Sonder-)Betriebsvermögen und sogenannten alt-einbringungsgeborenen Anteilen im Sinne von § 21 Abs. 1 UmwStG 1995 im Privat- oder Beteiligungsvermögen⁷. Bei im Privatvermögen gehaltenen Anteilen im Sinne von § 17 Abs. 1 S. 1 EStG kann nach § 6 AStG eine Wegzugsbesteuerung insbesondere ausgelöst werden durch

- die Aufgabe der unbeschränkten Steuerpflicht,
- Schenkungen oder Erbfälle zugunsten nicht unbeschränkt Steuerpflichtiger,
- die Begründung der abkommensrechtlichen Ansässigkeit (Art. 4 OECD-MA) in einem DBA-Staat,
- die Einlage der Anteile in einen ausländischen Betrieb oder eine ausländische Betriebsstätte und
- den Ausschluss oder die Beschränkung des deutschen Besteuerungsrechts an den Gewinnen aus der Veräußerung des Anteils aufgrund anderer Ereignisse.

Soweit der Wegzug aber in einen Staat innerhalb der EU oder dem EWR erfolgt, wird die Wegzugsteuer gestundet. Darüber hinaus entfällt die Wegzugsteuer bei nur vorübergehender Abwesenheit von nicht mehr als fünf Jahren, wobei diese Frist um weitere fünf Jahre verlängert werden kann, wenn der Steuerpflichtige glaubhaft macht, dass berufliche Gründe für seine Abwesenheit maßgebend sind und seine Absicht zur Rückkehr unverändert fortbesteht.

Soweit die Anteile an der Kapitalgesellschaft in einem Betriebsvermögen oder im Sonderbetriebsvermögen eines einzelnen Gesellschafters gehalten werden, greift zwar nicht die Wegzugsbesteuerung nach § 6 AStG, jedoch wird eine Entstrickungsbesteuerung nach § 4 Abs. 1 S. 3 EStG ausgelöst, wenn das deutsche Besteuerungsrecht am Gewinn aus der Veräußerung oder der Nutzung der Anteile ausgeschlossen oder beschränkt wird (fiktive Entnahme). Für diesen Fall sieht das Gesetz auch im EU/EWR-Bereich weder eine Stundung noch eine Rückkehroption vor.

Beispiel: *Der A ist Kommanditist der H-GmbH & Co. KG, die nicht operativ tätig ist, sondern lediglich 100 Prozent der Anteile an der jeweils gewerblich tätigen F-GmbH hält. Die Anteile an der F-GmbH wurden in 2014 steuerneutral in die H-GmbH & Co. KG eingelegt. A möchte unter Aufgabe seiner unbeschränkten Steuerpflicht in Deutschland nach Österreich wegziehen.*

Da die Anteile an der F-GmbH im steuerlichen Betriebsvermögen der gewerblich geprägten H-GmbH & Co. KG gehalten werden, findet § 6 AStG keine Anwendung. Mit einem Wegzug nach Österreich würden jedoch die Voraussetzungen des § 4 Abs. 1 S. 3 EStG erfüllt. Die lediglich gewerblich geprägte H-GmbH & Co. KG vermittelt nämlich nach Auffassung des BFH und ihm zwischenzeitlich folgend auch der

Finanzverwaltung abkommensrechtlich keine Betriebsstätte. Damit wird das deutsche Besteuerungsrecht an den Anteilen an der F-GmbH durch den Wegzug ausgeschlossen (§ 4 Abs. 1 S. 3 EStG in Verbindung mit Art. 13 Abs. 5 DBA/Österreich)⁸. Es kommt zur fiktiven Entnahme zum gemeinen Wert und damit zur Besteuerung der steuerpflichtigen Reserven. Eine Stundung entsprechend § 6 Abs. 5 AStG wird nicht gewährt. Auch besteht keine § 6 Abs. 3 AStG vergleichbare Rückkehroption. Damit wird die drohende Entstrickungsbesteuerung für A zur Wegzugssperre.

Die Wegzugssperre könnte beseitigt werden durch Rechtsformwechsel in eine Kapitalgesellschaft unter Inanspruchnahme der Stundung. Diese Maßnahme würde jedoch keinen Schutz bieten, wenn A oder einer seiner Mitgesellschafter später in einen Drittstaat verziehen möchte. Eine weitere, derzeit in vielen Familienunternehmen relevante Gestaltungsoption, ist die substantielle Ausstattung der H-GmbH & Co. KG, insbesondere deren Einrichtung als geschäftsleitende Holding (wozu gegebenenfalls das Halten noch einer weiteren Beteiligung erforderlich wird). Dabei ist neben der originär gewerblichen Tätigkeit der H-GmbH & Co. KG zu gewährleisten, dass die Anteile an der F-GmbH ihr auch funktional zuzurechnen sind.

Zusammenfassend bleibt festzuhalten: Betriebsstättenschutz bietet nur die originär gewerblich tätige Personengesellschaft. Die Kapitalgesellschaft kann, sofern die Anteile von den Familiengesellschaftern im Privatvermögen gehalten werden, EU-Schutz bieten. Ein Betriebsstättenschutz ist für eine Kapitalgesellschaft installierbar, wenn diese von einer gewerblich tätigen Personengesellschaft gehalten wird und der Anteil der Betriebsstätte funktional zuzuordnen ist⁹.

VI. Erhalt der unternehmerischen Freiheit

Gerade in Familienunternehmen sollte bei der Umsetzung steuerlicher Strategien auch darauf geachtet werden, dass den Familienunternehmern ihre unternehmerische Freiheit erhalten bleibt. Dem dienen vor allem einfache und überschaubare Strukturen. Komplexität erhöht dagegen die Fehleranfälligkeit und verunsichert die Gesellschafter.

Die Rechtsform der Kapitalgesellschaft erfordert als eigenständiges Rechtssubjekt und intransparente Einheit mehr Disziplin der (vor allem geschäftsführenden) Gesellschafter als die Rechtsform der Personengesellschaft, die auch aus steuerlicher Sicht mehr Freiräume

bietet.

In der mitunternehmerischen Personengesellschaft gilt es hingegen, zwei steuerliche Gefahrenherde zu vermeiden oder zumindest im Blick zu behalten. Hierzu gehört zum einen das Sonderbetriebsvermögen und zum anderen die Betriebsaufspaltung. Nicht selten führt insbesondere im Zuge von Umstrukturierungen und Nachfolgegestaltungen die Entnahme von Sonderbetriebsvermögen oder die Beendigung von Betriebsaufspaltungen durch Auflösung der personellen oder sachlichen Verpflichtung zur ungewollten Aufdeckung stiller Reserven.

VII. Zusammenfassung

Es kann damit zusammengefasst werden, dass die Steuerstrategie in Familienunternehmen dahin gehen sollte, eine möglichst einfache und überschaubare Struktur zu schaffen, die

- versorgungssichernd,
- nachfolgetauglich,
- wegzugsfest und
- freiheitserhaltend ist.

* Prof. Dr. Frank Hannes ist Partner der Sozietät Flick Gocke Schaumburg und Honorarprofessor an der Universität zu Köln.

¹ Beispiele: Erlangung des ermäßigten Steuersatzes nach § 16 i. V. m. § 34 EStG bei Anteilsveräußerung; Verlustverrechnung mit anderen Einkunftsarten; Verhinderung des Verlustes von Verlusten im Erbfall; Schenkung im Zehnjahresrhythmus und Überspringen einer Generation oder die steueroptimierte Gestaltung von Testamenten oder lebzeitige Maßnahmen zur Regelung der Unternehmensnachfolge.

² Cordes, WPg 2007, 519.

³ Zu inkongruenten Gewinnverteilungsabreden – nicht inkongruenten Ausschüttungen – BMF Schreiben v. 17.12.2013, DStR 2014, 36.

⁴ Gesetzentwürfe hatten noch vorgesehen, dass die Begünstigungsfähigkeit von gewerblich geprägten Personengesellschaften und vermögensverwaltenden GmbHs auf die von ihnen gehaltenen begünstigungsfähigen Beteiligungen beschränkt werden. Dies hätte zur Folge gehabt, dass sonstiges Vermögen auf Holdingebene, insbesondere Geld und Forderungen sowie Beteiligungen an Tochtergesellschaften von 25 Prozent oder weniger sowie Drittlandsbeteiligungen der Holding nicht zum begünstigungsfähigen Vermögen gezählt hätten.

⁵ Nach Auffassung der Finanzverwaltung gehören aber trotz des Transparenzprinzips

von inländischen oder europäischen Personengesellschaften gehaltene Drittlandsbeteiligungen zum begünstigungsfähigen Vermögen (R E 13b.5 Abs. 4 S. 4 ErbStR).

⁶ Oberste Finanzbehörden der Länder v. 21.11.2013, BStBl. I 2013, 1510.

⁷ Bei sogenannten alt-einbringungsgeborenen Anteilen i. S. v. § 21 Abs. 1 UmwStG 1995, also Anteilen, die durch steuerneutrale Einbringung von Sachgesamtheiten oder mehrheitsvermittelnden Anteilen zu Buchwerten in eine Kapitalgesellschaft entstanden sind, wird eine Besteuerung nur ausgelöst, wenn das Besteuerungsrecht der Bundesrepublik Deutschland hinsichtlich des Gewinns aus der Veräußerung der (alt-einbringungsgeborenen) Anteile ausgeschlossen wird. Bei Wegzügen innerhalb der EU oder des EWR findet § 6 Abs. 5 AStG entsprechende Anwendung.

⁸ § 50i EStG a. F. findet keine Anwendung, da die Einlage der Anteile an der F-GmbH nach dem 29.6.2013 erfolgte.

⁹ Auf § 50i EStG, der zwischenzeitlich mit Gesetz zur Umsetzung der Änderungen der EU-Amtshilferichtlinien und von weiteren Maßnahmen gegen Gewinnkürzungen und -verlagerungen vom 20.12.2016 wieder – rückwirkend – neugefasst wurde, soll hier nicht eingegangen werden.

Gesellschaftsrechtliche Gestaltungsmittel zur Führung in Familienunternehmen –Gesellschaftsrechtliche Chancen, Grenzen und Probleme –

ECKHARD WÄLZHOLZ*

I. Einführung

Familienunternehmen sind normale Unternehmen, folgen teilweise aber dennoch einer Logik und einem „Biorhythmus“, der sich teilweise von anonymen, börsennotierten und sonst nicht familiengeführten Unternehmen unterscheidet. Dies kann sowohl Segen als auch Fluch sein, erfordert allemal vom gestaltenden Berater ein besonderes Augenmerk für die besondere familiäre Situation. Die Grenzen zwischen beiden Typen von Unternehmen (Familienunternehmen/anonyme Gesellschaft) verschwimmen jedoch, wie sowohl VW als „börsennotierte Familien-AG“ zeigt und ebenso Familienunternehmen mit über 200 Gesellschaftern zeigen, die sich kaum persönlich kennen, sondern sich eher wie Fremde gegenüberstehen.

Die Lebenskonstellationen bei der gesellschaftsrechtlichen Beratung von Familienunternehmen können in der Praxis so vielfältig sein, dass einheitliche Lösungen sich verbieten. Dies liegt sowohl an den individuellen Unternehmerpersönlichkeiten, an den Nachfolgern, dem Management als auch an der Struktur des Unternehmens selbst. Dies macht die Beratung von Familienunternehmen gerade so abwechslungsreich aber auch so komplex. Kein Fall ist so wie der andere. Die Übertragung der Lösung des einen Falles auf den nächsten scheidet meist aus. Im Folgenden soll versucht werden, typische Interessenlagen und typische Lösungen und die Grenzen dieser Lösungsansätze abzubilden.

Führung und Kontrolle in Familienunternehmen erfolgen meist unter folgenden Gesichtspunkten, mit denen auch die Zielvorstellungen für die Führung des Familienunternehmens verbunden sind:

- Stimmrechtsgewichtungen, Mehrstimmrechte, Vetorechte¹, Stimmbindungsvereinbarungen, Beschlussfähigkeitssperren, Beschlussquoten,
- Vorsitz in der Gesellschafterversammlung,
- Geschäftsführungssonderrechte²,
- Beirat/Aufsichtsrat/Gesellschafterausschuss,
- Entnahmebeschränkungen,
- Veräußerungsbeschränkungen und Verfügungsbeschränkungen,
- Vererblichkeitsbeschränkungen.

Im Folgenden können nur einzelne Aspekte dieses Thema behandelt werden.

II. Stimmrechtsregelungen bei den Personengesellschaften

1. Mehrheitsbeschlüsse – Grundsatz³

Für alle Grundlagengeschäfte und außergewöhnliche Geschäftsführungsmaßnahmen ist bei der KG und GmbH & Co. KG ein Gesellschafterbeschluss erforderlich. § 119 HGB geht insoweit vom Grundsatz der Einstimmigkeit aus. Beschlüsse sind daher bei der KG nur dann wirksam gefasst, wenn alle Gesellschafter dem Beschluss zugestimmt haben. Gesellschafterbeschlüsse sind stets vor der Ausführung von Grundlagengeschäften erforderlich. Zu den Grundlagengeschäften⁴ zählen insbesondere:

- Abänderung des Gesellschaftsvertrages, Entziehung von Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis gemäß §§ 117, 127 HGB, Aufnahme und Ausschluss neuer Gesellschafter,
- Begründung neuer Gesellschafterverpflichtungen,
- Feststellung des Jahresabschlusses,
- Auflösung der Gesellschaft,
- Umwandlung,
- Veräußerung des Unternehmens der Gesellschaft,
- der Abschluss von Unternehmensverträgen.

Gemäß § 119 Abs. 2 HGB sind auch **Mehrheitsbeschlüsse** zulässig. Ist

dies der Fall, so ist die erforderliche Mehrheit im Zweifel nach der Zahl der Gesellschafter zu berechnen. Dies ist jedoch regelmäßig unerwünscht. Daher sollte die Bestimmung der Stimmenmehrheit nach Kapitalanteilen üblicherweise vorgesehen werden. Die Möglichkeit der Vereinbarung von Mehrheitsbeschlüssen ist für die mittelständische Gesellschaft von entscheidender Bedeutung. Denn im Regelfall ist eine solche Gesellschaft mit wachsendem Gesellschafterkreis darauf angewiesen, Gesellschaftergruppen erster und zweiter Klasse zu begründen. Dies gilt insbesondere für die Familiengesellschaft. In der Regel wollen sich die Unternehmensgründer zu Lebzeiten noch den entscheidenden Einfluss auf die Geschicke der Gesellschaft vorbehalten. Gleichzeitig soll die Nachfolgegeneration an das Unternehmen herangeführt werden. Auch nach dem Ausscheiden der Gründergeneration aus der Gesellschaft sind mehrere Klassen häufig erforderlich, da in der Regel nicht alle Nachfolger gleichmäßig zur Fortführung des Unternehmens geeignet sind, auch die Nichtgeeigneten jedoch gegebenenfalls zumindest ertragsmäßig an der Gesellschaft weiterhin beteiligt bleiben sollen. Gegebenenfalls ist deren Einfluss auf das Unternehmen jedoch zu begrenzen. Zu diesem Zweck ist die Vereinbarung von Mehrheitsbeschlüssen in der mittelständischen Gesellschaft zwingend erforderlich. Auch soweit es sich bei bestimmten Beschlussgegenständen um sogenannte Grundlagengeschäfte handelt, ist damit nicht gesagt, dass für die grundsätzlich erforderliche Beschlussfassung stets ein einstimmiger Beschluss erforderlich ist⁵. Bei entsprechender Regelung im Gesellschaftsvertrag kann die Möglichkeit von Mehrheitsbeschlüssen vorgesehen werden. Hierbei waren früher zwei Grenzen zu beachten: Der Bestimmtheitsgrundsatz und die sogenannte Kernbereichslehre⁶. Nach beiden vorstehenden Grundsätzen war eine allgemeine Klausel, wonach für alle Gesellschafterbeschlüsse eine einfache Mehrheit ausreicht, nicht ausreichend, um damit sämtliche möglichen Beschlussgegenstände zu erfassen – auch wenn eine solche häufig anzutreffen ist.

In seiner Entscheidung vom 21.10.2014 gibt der BGH⁷ endgültig den Bestimmtheitsgrundsatz als Maßstab der formellen Legitimation einer Mehrheitsentscheidung auf und misst ihm keine Bedeutung mehr zu. In dem vom BGH zu entscheidenden Sachverhalt beinhaltete § 6 des Gesellschaftsvertrages der GmbH & Co. KG einerseits die Regelung, dass sämtliche Beschlüsse mit einfacher Mehrheit der vorhandenen Stimmen gefasst werden, soweit nicht in dem Gesellschaftsvertrag oder im Gesetz ausdrücklich Abweichendes geregelt ist. Beschlüsse zur Änderung des

Gesellschaftsvertrages bedurften hingegen der Einstimmigkeit.

In dem zu entscheidenden Sachverhalt trat ein Gesellschafter seinen Gesellschaftsanteil ab. Die Abtretung bedurfte der Zustimmung der Gesellschafterversammlung. Diese wurde mit Mehrheitsbeschluss erteilt. Der dissentierende Gesellschafter berief sich hingegen darauf, dass es im vorliegenden Fall gleichwohl eines einstimmigen Gesellschafterbeschlusses und der Zustimmung aller Mitgesellschafter bedürfte. Nach Ansicht des BGH konnte der Zustimmungsbeschluss nach den gesellschaftsvertraglichen Bestimmungen mit einfacher Mehrheit rechtswirksam gefasst werden. Unbeachtlich sei dabei, dass es sich um ein außergewöhnliches Rechtsgeschäft gehandelt habe und der Gesellschaftsvertrag für die Zustimmung zur Anteilsabtretung keine explizite Regelung beinhaltet habe.

Eine Beschränkung der allgemeinen Mehrheitsklausel auf übliche Beschlussgegenstände der laufenden Geschäftsführung wird vom BGH nicht mehr anerkannt. Der Bestimmtheitsgrundsatz spielt insoweit keine Rolle mehr. Eine enumerative Aufzählung derjenigen Beschlussgegenstände, die mit Mehrheit beschlossen werden können, ist nicht erforderlich. Auch bei einer allgemeinen Mehrheitsklausel können Grundlagengeschäfte wie die Zustimmung zur Anteilsabtretung mit einfacher Mehrheit beschlossen werden, wenn die Auslegung kein abweichendes Ergebnis bringt.

Bei Nichtigkeitsklagen gegen Beschlüsse von Personengesellschaften ist stets eine zweistufige Prüfung durchzuführen. Zunächst bedarf es der formellen Legitimation, also der Prüfung, ob für diesen Beschlussgegenstand eine Mehrheitsklausel gilt. Erst auf der zweiten Stufe der materiellen Legitimation der Beschlussfassung ist eine Verletzung der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht zu prüfen. Hierbei sind insbesondere Beschlüsse mit Eingriffen in den Kernbereich der Mitgliedschaft einer besonders strengen Prüfung zu unterziehen. Die Kernbereichstheorie hat der BGH aber damit ebenfalls aufgegeben⁸; an die Stelle ist die dargestellte flexiblere Zwei-Stufen-Prüfung getreten. Im Ergebnis ist diese für die Praxis mit mehr Rechtsunsicherheit verbunden.

2. Stimmverbote nach § 47 Abs. 4 GmbHG entsprechend

Probleme können sich bei der tatsächlichen Verwaltung und Beschlussfassung ergeben, wenn der Gründergesellschafter oder ein

anderer wesentlich Beteiligter seine Interessen nicht nur in der Gesellschaft verfolgt, sondern wesentliche Betriebsgrundlagen an die Gesellschaft verpachtet hat (Sonderbetriebsvermögen). In diesen Fällen kann es immer wieder zu Beschlussgegenständen kommen, bei denen der Gesellschafter auch persönlich als Vertragspartner der Gesellschaft betroffen ist, so beispielsweise hinsichtlich des Pachtvertrages. In diesen Fällen wird nach überwiegender Meinung ein Stimmrechtsverbot des betroffenen Gesellschafters entsprechend § 34 BGB, § 47 Abs. 4 GmbHG angenommen⁹.

Beispiel: *Im Rahmen der Begründung einer gewerblich geprägten GmbH & Co. KG samt vorweggenommener Erbfolge soll nicht das Gesamtvermögen in die GmbH & Co. KG eingebracht werden. Teile des substanziellen Vermögens verbleiben vorerst noch beim Veräußerer in dessen Sonderbetriebsvermögen und werden an die GmbH & Co. KG verpachtet. Hierbei handelt es sich um besonders ertragreiches und werthaltiges Vermögen. Als Streitigkeiten zwischen den Abkömmlingen (= Mitgesellschaftern) und dem Veräußerer entstehen, lassen diese eine Gesellschafterversammlung mit dem Tagesordnungspunkt der Kündigung des Pachtvertrages einberufen. Da es sich um eine Spezialimmobilie handelt, kommt eine anderweitige Verpachtung für den Veräußerer kaum in Betracht.*

Für den vorstehenden Beispielsfall sollte im Gesellschaftsvertrag der GmbH und der KG Vorsorge getroffen werden. Das Problem resultiert im vorliegenden Beispielsfall aus § 47 Abs. 4 GmbHG, der sowohl auf die GmbH als auch auf die GmbH & Co. KG Anwendung findet. Danach ist der Veräußerer nicht befugt, seine Stimmrechte auszuüben, wenn Beschluss gefasst werden soll über einen Vertrag zwischen der Gesellschaft und einem Gesellschafter. Der mehrheitlich noch beteiligte Veräußerer müsste also tatenlos zusehen, wie ein einstimmiger Beschluss gefasst würde, wonach dieser Pachtvertrag gekündigt würde. Da § 47 Abs. 4 GmbHG jedoch abdingbar ist, kann in beiden Gesellschaftsverträgen folgende Regelung vorgesehen werden:

Formulierungsvorschlag: § 47 Abs. 4 GmbHG wird dahingehend abbedungen, dass ein Gesellschafter auch dann stimmberechtigt ist, wenn Beschluss zu fassen ist über Rechtsgeschäfte zwischen der Gesellschaft und diesem Gesellschafter.

3. Abweichende Gestaltungen

Für die Machtverhältnisse in einer GmbH & Co. KG oder auch in einer regulären OHG, KG oder GbR ist die Verteilung und Gewichtung der Stimmen von besonderer Bedeutung. Wichtig ist zunächst, dass eine Übertragung des Stimmrechts auf Gesellschaftsfremde nach dem sogenannten Abspaltungsverbot unzulässig ist¹⁰. Eine Gewichtung der Stimmrechte kann auf die Art und Weise erreicht werden, als beispielsweise der Unternehmensgründer mit einem Mehrstimmrecht ausgestattet wird. Dies darf allerdings sowohl aus zivilrechtlichen Gründen (Sittenwidrigkeit) als auch aus steuerlichen Gründen (Anerkennung der Mitunternehmerschaft!) nicht zu einer vollständigen Entrechtung der übrigen Gesellschafter führen. Das OLG Karlsruhe¹¹ hat eine Klausel im Gesellschaftsvertrag einer Publikums-KG als zulässig angesehen, nach der der Komplementärin (zusätzlich zu den sich nach der Haftsumme richtenden Stimmen der Kommanditisten) Stimmen in Höhe von 20 Prozent der gezeichneten Haftsumme geteilt durch 1.000 zustehen („Mehrstimmrecht“). Einen Verstoß gegen § 242 BGB hat das OLG Karlsruhe darin nicht gesehen. Im konkreten Fall erhielt die Komplementärin eine umsatzabhängige Vergütung und war ansonsten nicht am Gewinn und Verlust der Gesellschaft beteiligt. Eine Kontrolle gesellschaftsvertraglicher Klauseln nach § 242 BGB kommt bei Familiengesellschaften mit geschlossenem Gesellschafterkreis m. E. jedoch nicht in Betracht, so dass Mehrstimmrechte für haftungsbeschränkte Gesellschafter m. E. grenzenlos zulässig sind.

Ein Ausschluss des Stimmrechts hinsichtlich einzelner Gesellschafter ist möglich, soweit hiervon nicht der Kernbereich der Mitgliedschaft betroffen ist. Faktisch führt dies zu einer weitgehenden Einschränkung des Ausschlusses des Stimmrechts. Ähnliche Stimmgewichtsverschiebungen lassen sich auch durch Stimmbindungsverträge erreichen. Diese sind grundsätzlich zulässig¹². Strittig ist, ob sie bei Vereinbarung mit Nichtgesellschaftern einer Zustimmung durch die übrigen Gesellschafter bedürfen. Auch derartigen Vereinbarungen sind jedoch Grenzen gezogen – insbesondere durch die gesellschaftsrechtliche Treuepflicht. Bei allen entsprechenden Verschiebungen des Stimmrechts ist zu beachten, dass bei einem vollständigen Ausschluss und weiterer Beschränkung von Minderheitsgesellschaftern gegebenenfalls die steuerlichen Wirkungen einer Mitunternehmerstellung gemäß § 15 Abs. 1 Nr. 2 EStG gefährdet werden.

Bei der OHG oder GbR mit unbeschränkter persönlicher Haftung der Gesellschafter müssen hingegen strengere Grundsätze für

Mehrstimmrechte gelten, so dass dies nur zulässig ist, wenn das Mehrstimmrecht nicht einem faktischen Stimmrechtsausschluss gleichkommt¹³.

III. Stimmrechtsregelungen bei der GmbH

In der AG sind die Fragen der Mehrstimmrechte inzwischen geklärt. Der Gesetzgeber hat ein klares Verbot in § 12 Abs. 2 AktG erlassen und alle Altinhaber von Mehrstimmrechten wurden nach § 5 EGAktG abgefunden. Die Abfindung konnte nach dem Spruchverfahren angepasst werden, wenn sie nicht angemessen war. Anders ist dies im Recht der GmbH, das diesbezüglich keinen ausdrücklichen Verbotstatbestand kennt.

Gemäß § 47 Abs. 2 GmbHG gewährt je ein Euro eines Geschäftsanteils grundsätzlich eine Stimme. Das Stimmrecht richtet sich nach der gesetzlichen Regelung mithin nach der Höhe der Beteiligung am Stammkapital. Auf die vollständige oder teilweise Aufbringung des Stammkapitals kommt es hingegen nicht an. Die Regelungen des § 47 GmbHG sind jedoch weitgehend dispositiv und können auf die konkreten Bedürfnisse in der Gesellschaft angepasst werden. Dies gilt insbesondere insofern, als einerseits Einstimmigkeit für bestimmte Beschlüsse oder aber qualifizierte Mehrheiten vorgesehen werden können. Bestimmte Entscheidungen können auch an die Zustimmung eines einzelnen Gesellschafters gebunden werden, da im Recht der GmbH – im Gegensatz zum Aktienrecht – Sonderrechte und Sonderpflichten im Gesellschaftsvertrag begründet werden können. Ferner ist die Schaffung von Mehrstimmrechtsanteilen zulässig¹⁴, so dass für einzelne Gesellschafter beispielsweise je 1 Euro Geschäftsanteil drei Stimmen gewähren könnten. Die Gestaltungsgrenzen sind hier sehr weit gezogen (siehe dazu im Folgenden).

Ferner ist nach herrschender Meinung sogar die Schaffung von stimmrechtslosen Anteilen möglich¹⁵. Der Ausschluss des Stimmrechts kann sogar für Satzungsänderungen und sonstige Grundlagenbeschlüsse geschaffen werden und dort Geltung haben. Derartige Regelungen sollten – wenn sie erwünscht sind – gleich bei Gründung der Gesellschaft oder vor Aufnahme weiterer Gesellschafter in den Gesellschafterkreis geschaffen werden. Denn bei nachträglicher Schaffung sind derartige Entziehungen von grundlegenden Gesellschafterrechten nur mit Zustimmung aller Betroffenen, das heißt benachteiligten Gesellschafter möglich¹⁶,

entsprechend § 53 Abs. 3 GmbHG. Jedoch gelten auch hier die Grenzen des § 138 BGB. So darf der Gesellschaftsanteil nicht sämtlicher Gesellschaftsrechte beraubt werden. So ist bei Ausschluss von Stimmrecht, Gewinnbezugsrecht sowie zusätzlichen Kontroll- und Informationsrechten die Grenze des Zulässigen überschritten. In einem Einzelfall hat der BGH¹⁷ jedoch den Ausschluss vom Gewinnbezugsrecht und vom Stimmrecht für statthaft gehalten. Erforderlich wäre dies allerdings nicht, da bei Aufnahme weiterer Gesellschafter in die Gesellschaft anstelle der Gewinnbezugsrechtslosigkeit auch schlicht ein Vorbehaltsnießbrauch an den zu übertragenden Gesellschaftsanteilen vereinbart werden kann. Damit werden dann allerdings die Gewinne dem Übergeber zugerechnet.

Bei allen entsprechenden Regelungen in einer Satzung ist festzulegen, welches Schicksal die Sonderregelung erfahren soll, wenn der Inhaber des Geschäftsanteils wechselt.

Formulierungsvorschlag: *Stimmrechtsloser Geschäftsanteil*

*Der Geschäftsanteil zu ***.000,--Euro, den derzeit Herr *** innehat, ist dauerhaft und über die Zeit seiner Inhaberschaft hinaus stimmrechtslos. Die Teilnahme an Gesellschafterversammlungen sowie die gesetzlich vorgesehenen Informationsrechte, das Anfechtungsrecht bezüglich gefasster Beschlüsse und das Gewinnbezugsrecht bleiben jedoch unberührt. Folgende Entscheidungen können jedoch nur mit Zustimmung des jeweiligen Inhabers des stimmrechtslosen Geschäftsanteils getroffen werden:*

- Nachschusspflichten zu Lasten des Gesellschafters,*
- Gewinnthesaurierungen zu mehr als 50 Prozent des ausschüttungsfähigen Gewinns,*
- die Änderung des Gegenstands oder Zwecks der Gesellschaft,*
- ****

Das Zustimmungserfordernis nach § 53 Abs. 3 GmbHG bleibt unberührt und wird durch diese Regelung nicht eingeschränkt.

Eine entsprechende Regelung führt allerdings nicht dazu, dass der beherrschende Gesellschafter dann völlig über den Kopf des oder der Stimmrechtslosen hinweg entscheiden könnte. Die große Machtfülle führt nämlich zu gesteigerten Treupflichten, die dieser Gesellschafter bei seiner Stimmrechtsausübung zu beachten hat. Verzichtet ein Gesellschafter einer GmbH später entschädigungslos auf ein ihm *persönlich* zustehendes

Mehrstimmrecht, so ist dieser Vorgang ohne schenkungssteuerrechtliche Bedeutung¹⁸; ungeklärt ist diese Frage hingegen bei dinglicher Ausgestaltung des Mehrstimmrechts, wenn dieses also mit dem Übergang eines Geschäftsanteils auf den Rechtsnachfolger übergehen würde.

IV. Grenzen der Vereinbarung von Mehrstimmrechten und Vetorechten

Die grundsätzliche Zulässigkeit von Mehrstimmrechten ist anerkannt. Entscheidungen zur Kontrolle von Mehrstimmrechten sind hingegen selten. Zuletzt hatte das OLG Karlsruhe in seiner Entscheidung vom 29.7.2014¹⁹ über die Zulässigkeit einer Mehrstimmrechtsklausel zu entscheiden. Es handelte sich in dem vom OLG Karlsruhe zu entscheidenden Fall um eine Publikums GmbH & Co. KG. An der KG waren 160 Kommanditisten mit einer Hafteinlage von 1,280 Mio. EUR beteiligt. Die Komplementär-GmbH war hingegen weder am Kapital noch am Gewinn oder Verlust der KG beteiligt. Sie verfügte jedoch über 256 Stimmen. Dies entsprach 16,66 Prozent der Gesamtstimmenzahl. Nach einer streitigen Personalentscheidung durch Beiratswahl stellte sich die Frage, ob das Stimmrecht von den 256 Stimmen der Komplementär-GmbH wirksam im Gesellschaftsvertrag der KG vereinbart werden konnte. Im vorliegenden Fall handelte es sich zwar nicht um eine Familiengesellschaft. Entscheidungen zu Mehrstimmrechten sind jedoch selten, so dass insoweit auch diese Entscheidung zu den Möglichkeiten und Grenzen von Mehrstimmrechten genauer untersucht werden soll. Grundsätzlich ist die Einräumung von Mehrstimmrechten im Gesellschaftsvertrag bei Personengesellschaften zulässig²⁰. Gesetzliche Vorschriften, die die Möglichkeit der Vereinbarung von Mehrstimmrechten einschränken oder ausschließen, sind nicht bekannt. Insoweit unterscheidet sich sowohl das Recht der Personengesellschaften als auch das Recht der GmbH von den Bestimmungen des Aktienrechts, § 12 Abs. 2 AktG. Danach kann sogar einer Person, die gar nicht am Kapital der Personengesellschaft beteiligt ist, ein Mehrstimmrecht eingeräumt werden. Bei der GmbH stellt sich diese Frage nicht, da eine Gesellschaftsbeteiligung ohne Kapitalbeteiligung bei der GmbH nicht denkbar ist.

Das OLG Karlsruhe²¹ hat eine Inhaltskontrolle der gesellschaftsvertraglichen Bestimmungen anhand von § 242 BGB vorgenommen. Dies ist für eine körperschaftlich strukturierte

Personengesellschaft als Publikumsgesellschaft zutreffend. Für eine Familiengesellschaft würde die Grenze eher durch § 138 BGB gezogen werden²², da eine dem AGB-Recht angenäherte Prüfung entsprechend § 242 BGB hier nicht vorgesehen ist. Sowohl bei der Publikumsgesellschaft als auch bei der mittelständisch strukturierten Personen- oder Kapitalgesellschaft ist eine Bestimmung des Gesellschaftsvertrags oder der GmbH-Satzung unwirksam, wenn sie ohne ausreichende sachliche Rechtfertigung einseitig die Belange bestimmter Gesellschafter verfolgt und die berechtigten Interessen der anderen Gesellschafter unangemessen und unbillig benachteiligt. Im Anwendungsbereich einer Publikumsgesellschaft wäre dies ausreichend. Im Anwendungsbereich einer Familiengesellschaft mit geschlossenem Gesellschafterkreis müsste hinzukommen, dass die Regelung gegen das Gerechtigkeitsgefühl aller billig und gerecht Denkenden verstößt, also die Grenze des § 138 BGB verletzt. Soweit es sich um eine persönlich haftende Gesellschafterin oder um einen persönlich haftenden Gesellschafter handelt, ist es bereits aus diesem Grund nachvollziehbar, dass dieser mit besonderen Stimmrechten auszustatten ist, da er anderenfalls überstimmt werden könnte, gleichzeitig aber für sämtliche Entscheidungen der Mehrheitsgesellschafter persönlich einzustehen hätte. Einfache KGs mit unbeschränkter persönlicher Haftung der Unternehmensgründer sind jedoch selten. Will der Übergeber sich mit diesem Argument besondere Rechte vorbehalten, so könnte er selbstverständlich seine Nachfolger an der Kommanditgesellschaft beteiligen, die Anteile an der Komplementär GmbH jedoch allein zurückbehalten. Im Gesellschaftsvertrag der KG könnten dann seiner GmbH starke Stimmrechte vorbehalten werden. Dies könnte ein sinnvoller Schritt sein, um sonst nicht haltbare Mehrstimmrechte abzusichern.

Das OLG Karlsruhe hat in seiner Entscheidung vom 29.7.2014 die Wirksamkeit des Mehrstimmrechts der Komplementärin anerkannt, da nicht festgestellt werden konnte, dass die Stimmrechte der Komplementär-GmbH die Leitungsorgane einer wirksamen Kontrolle der Kommanditisten entzogen oder diese in einer sonst der rechtlichen Werte widersprechenden Weise rechtslos gestellt hätte²³. Das OLG Karlsruhe rechtfertigt das Sonderstimmrecht mit dem Ziel der kontinuierlichen Unternehmensführung, sowie damit, dass die Kommanditisten einerseits von der Unternehmensführung nichts verstünden und andererseits mehr oder weniger zufällig zusammengeführt worden seien. Diese Argumentation des OLG Karlsruhe erscheint allerdings nicht ganz zweifelsfrei.

Schließlich hatte in den letzten Jahren das OLG Hamm²⁴ sich mit Mehrstimmrechten zu beschäftigen (Fall *Tönnies*). In diesem Fall ging es aber nicht um die Grenzen der Anerkennung und Wirksamkeit von Mehrstimmrechten. Vielmehr mussten unklare Gesellschafterbeschlüsse dahingehend ausgelegt werden, ob durch entsprechende Beschlüsse auch ein Mehrstimmrecht in einem anderen Gesellschaftsvertrag vereinbart werden sollte. Hier waren augenscheinlich Missverständnisse zwischen den Gesellschaftern entstanden, wo unterschiedliche Interessen und Zielvorstellungen aufeinanderprallten. Über die Zulässigkeit von Mehrstimmrechten als solchen kann dieser Entscheidung nichts weiter entnommen werden.

Früher wurde teilweise²⁵ die Auffassung vertreten, dass die Bildung von Mehrstimmrechten unzulässig sei, wenn dadurch der Gesellschafterminderheit das Entscheidungsübergewicht über die Gesellschaftermehrheit zustünde²⁶. Diese Auffassung wird inzwischen von Bayer²⁷ nicht mehr vertreten. Die Ansicht, wonach durch Mehrstimmrechte die Minderheit nicht das Entscheidungsübergewicht über die Gesellschaftermehrheit erhalten könne, ist wenig überzeugend. Denn bereits durch die Schaffung eines Mehrstimmrechts eines Gesellschafters mit einem Geschäftsanteil kann die Situation eintreten, dass die Gesellschafterminderheit die Mehrheit der Stimmrechte hat. Dies ist automatisch die Folge von Mehrstimmrechten. Dies ist regelmäßig auch angestrebt und nicht als solches sittenwidrig. Es verstößt auch nicht gegen zwingende Bestimmungen des GmbH-Rechts oder des Personengesellschaftsrechts. Dementsprechend hat auch das OLG Frankfurt²⁸ die Auffassung vertreten, dass die Vereinbarung von Mehrstimmrechten grundsätzlich im Belieben der Gesellschafter stehe, soweit nicht zwingende Regelungen des GmbHG entgegenstehen. Dementsprechend können einem Gesellschafter mit seinen Geschäftsanteilen ein dreifaches Stimmrecht gegenüber dem Stimmgewicht der übrigen Gesellschafter eingeräumt werden. Zugegebenermaßen führen Mehrstimmrechte, insbesondere kombiniert mit stimmrechtslosen Geschäftsanteilen, zu einem Souveränitätsverlust auf Seiten der stimmrechtslosen Gesellschafter. Auch das BayObLG²⁹ hat die grundsätzliche Zulässigkeit von Mehrstimmrechten anerkannt.

Damit verbleibt die Frage, welche Grenzen überhaupt für die Vereinbarung von Vetorechten, Mehrstimmrechten und stimmrechtslosen Gesellschaftsanteilen verbleiben. Vetorechte bleiben grundsätzlich

uneingeschränkt zulässig, soweit der Inhaber weiterhin Gesellschafter der Gesellschaft bleibt³⁰. Mehrstimmrechte können auch ohne weitere Grenzen vereinbart werden. Insbesondere besteht keine Grenze darin, ob einem Gesellschafter ein doppeltes, dreifaches oder zehnfaches Stimmrecht gewährt wird. Stets führt es zu dem gleichen Ergebnis, dass nämlich ein Minderheitsgesellschafter die Mehrheit in der Gesellschafterversammlung erhält. Dies ist auch beispielsweise bei dem Beschlussquorum des Umwandlungsrechts zu beachten, jedoch nicht zu beanstanden. Sittenwidrigkeit kommt mE erst in Betracht, wenn durch weitere atypische Gestaltungen des Gesellschaftsvertrages andere Gesellschafter vollständig entrechtet werden, so dass ihnen nicht mal mehr ein Mindestmaß an Gesellschaftsrechten verbleibt.

Die Kontrolle in entsprechenden Fällen hat vielmehr über die Beschlussausübung stattzufinden. Je mehr Stimmrechte ein Gesellschafter hat, desto strenger ist die Ausübungskontrolle bei der Ausübung der Stimmrechte. Dies hat erst Recht zu gelten, wenn ein Gesellschafter gegebenenfalls nur zu einem Prozent an der Gesellschaft beteiligt ist, dadurch auch nur zu einem Prozent von den Folgen seiner Entscheidung profitiert beziehungsweise die Nachteile zu tragen hat, gleichzeitig jedoch die 99-prozentige Mehrheit der Stimmen hat. Je größer die Stimmrechtsmehrheit ist, verbunden mit der Abweichung von der Beteiligungsquote, desto strenger wird die Inhaltskontrolle bei der Ausübung der Stimmrechte durchzuführen sein. Zustimmungserfordernisse nach § 53 Abs. 3 GmbHG bleiben von Mehrstimmrechten unberührt und sind davon getrennt zu betrachten.

V. Geschäftsführungs- und Vertretungsregelungen (GmbH & Co. KG)

Im Gegensatz zu anderen Vermögensorganisationsentscheidungen ermöglicht das Gesellschaftsrecht sehr flexible Geschäftsführungs- und Vertretungsregelungen. Einerseits kann insoweit mit Sonderrechten gearbeitet werden. Beispielsweise kann der Übergeber sich Sonderrechte hinsichtlich der Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnisse vorbehalten³¹. Bei einer GmbH & Co. KG sind diese Befugnisse im GmbH-Gesellschaftsvertrag vorzusehen. In entsprechenden Fällen sollte klargestellt werden, ob diese Sonderrechte nur dem Gesellschafter höchstpersönlich zustehen, oder ob sie im Falle einer Geschäftsanteilsabtretung auch dem Rechtsnachfolger zustehen. Insoweit

kann zwischen der Einzel- und Gesamtrechtsnachfolge (Erbfall) unterschieden werden. Da Geschäftsanteile auch geteilt werden können, sollte auch insoweit Klarheit geschaffen werden, ob nach Teilung eines Geschäftsanteils die jeweiligen Inhaber der Geschäftsanteile die Sonderrechte nur gemeinschaftlich ausüben können.

Soweit ein Geschäftsführungs- und Vertretungssonderrecht in der GmbH vorgesehen wird, sollte jeweils sichergestellt werden, dass die Rechtsposition des Geschäftsführers auch hinreichend stark ist. Dabei kann als Maximallösung vorgesehen werden, dass eventuelle weitere bestellte Geschäftsführer stets nur gemeinschaftlich vertretungsbefugt sind, während der Veräußerer als Gesellschaftsgründer stets einzelvertretungsberechtigt und von § 181 BGB befreit ist.

Formulierungsvorschlag – ohne Ehegatten: *Der Gesellschafter G hat persönlich und nicht vererblich für die Dauer seiner Zugehörigkeit als Gesellschafter dieser Gesellschaft das Sonderrecht, sich selbst oder einen beliebigen Dritten, stets jedoch nur einen Geschäftsführer, neben *** dem oder den sonst frei von der Gesellschafterversammlung frei wählbaren Geschäftsführern zu benennen. Der jeweilige von dem Sonderrechtsinhaber bestellte Geschäftsführer kann nur aus wichtigem Grunde abberufen werden. Der aufgrund des Sonderrechts bestellte Geschäftsführer ist stets einzelvertretungsberechtigt und von § 181 BGB befreit. Alle weiteren Geschäftsführer sind nur mit dem Sonderrechtsgeschäftsführer gemeinschaftlich vertretungsberechtigt.*

Ab dem Ableben der Übergeber wird regelmäßig eine gleichberechtigte Stellung der einzelnen Gesellschafter gewünscht werden. Letzteres muss allerdings nicht so sein. Sind beispielsweise unterschiedliche Kinder mit unterschiedlichen unternehmerischen oder vermögensverwaltenden Talenten ausgestattet, so kann auch für die Zeit nach dem Ableben des Veräußerers eine entsprechende disproportionale Ausgestaltung der Mitwirkungsrechte vorgesehen werden.

VI. Geschäftsführungsregelungen in der GmbH

1. Ausschluss von Geschäftsführungsbefugnissen

Bei der GmbH sind für die einzelnen Gesellschafter keine Geschäftsführungsbefugnisse von Gesetzes wegen vorgesehen. Die Geschäftsführung wird durch Beschluss der Gesellschafterversammlung

bestellt. Das Stimmrechtsverbot des § 47 Abs. 4 GmbHG gilt für derartige Beschlüsse nicht, so dass der Mehrheitsgesellschafter sich problemlos selbst mit den eigenen Stimmen zum Geschäftsführer bestellen kann. Geschäftsführungsrechte lassen sich allerdings als Sonderrechte zugunsten einzelner Gesellschafter vereinbaren. Auf diese Weise lassen sich problemlos Geschäftsanteile begründen, mit denen ein Geschäftsführungsrecht verbunden ist, und solche, mit denen kein Geschäftsführungsrecht verbunden ist. Die privilegierten Geschäftsführer können auch nicht ohne Weiteres abberufen werden und bleiben während eines Prozesses um die Wirksamkeit der Abberufung weiterhin wirksame Geschäftsführer, bis die Wirksamkeit der Abberufung gerichtlich festgestellt ist.

2. Geschäftsführungssonderrecht

a) Dinglich/persönlich

Problemlos lassen sich auch Sonderrechte auf die Geschäftsführerbestellung vereinbaren³². Auch hierbei sollte klargestellt werden, ob es sich um ein dinglich am jeweiligen Geschäftsanteil haftendes Sonderrecht oder um ein persönliches Recht handelt, das allerdings regelmäßig nur solange gelten soll und gelten kann, als der Bevorrechtigte noch Gesellschafter der Gesellschaft ist³³.

b) Teilung des Geschäftsanteils

Bei einem dinglichen Sonderrecht sind die Folgen einer Geschäftsanteilsteilung zu regeln – beispielsweise dahingehend, dass bei einer Teilung alle Inhaber der Teilgeschäftsanteile dieses nur einheitlich ausüben können oder dass das Recht stets dem nominell größten verbleibt und bei Entstehung gleichgroßer Geschäftsanteile das Sonderrecht nur gemeinschaftlich ausgeübt werden kann.

c) Rechtsfolgen des Sonderrechts

Ein Gesellschafter mit Geschäftsführungs-Sonderrecht kann nur aus wichtigem Grund oder mit seiner Zustimmung abberufen werden³⁴. Die vollständige Abschaffung des Sonderrechts bedarf einer Satzungsänderung mit notarieller Beurkundung und nach § 53 Abs. 3 GmbHG der

Zustimmung des betroffenen Gesellschafters³⁵. Dies gilt nach Meinung des OLG Nürnberg auch bei Abberufung wegen Vorliegens eines wichtigen Grundes³⁶. Bei der Beschlussfassung über die Abberufung aus wichtigem Grund hat der betroffene Gesellschafter kein Stimmrecht. Wird aufgrund eines wichtigen Grundes ein Sonderrechtsgeschäftsführer abberufen, so gilt er nach herrschender Meinung bis zur gerichtlichen Entscheidung weiterhin als Geschäftsführer³⁷; die Sachlage ist genau umgekehrt bei einem Minderheitsgesellschafter-Geschäftsführer ohne Sonderrecht oder bei einem Fremdgeschäftsführer³⁸. In den beiden letztgenannten Fällen gilt § 84 Abs. 3 S. 4 AktG entsprechend, die Abberufung gilt also bis zur gerichtlichen Feststellung der Unwirksamkeit als wirksam. Diese Rechtsfolge passt auch beim Mehrheitsgesellschafter-Geschäftsführer und bei zwei gleichmäßig beteiligten Gesellschafter-Geschäftsführern nicht; hier ist die Rechtslage wie beim Geschäftsführer mit Sonderrecht – die Abberufung ist daher vorerst bis zur endgültigen gerichtlichen Klärung unwirksam. § 121 Abs. 2 S. 2 AktG findet nach einer aktuellen BGH-Entscheidung³⁹ vom 08.11.2016 keine entsprechende Anwendung im GmbH-Recht.

d) Einschränkung der Abrufbarkeit des Geschäftsführers:

Abgesehen von dem Sonderrecht auf Geschäftsführung zugunsten eines Geschäftsführers kann geregelt werden, dass seine Abberufung nur aus bestimmten Gründen erfolgen kann – dies auch ohne Begründung eines Sonderrechts. Das Recht auf Abberufung aus wichtigem Grunde kann jedoch nicht beschränkt oder abschließend geregelt werden⁴⁰. Es kann auch für einen solchen Fall nicht an die Zustimmung eines Gesellschafters im Sinne eines Vetorechts geknüpft werden. Die Satzungsbestimmung, mit der eine solche Beschränkung der Abberufung geregelt ist, kann grundsätzlich regulär nach §§ 53 ff. GmbHG durch Satzungsänderung geändert werden. Nur wenn in der Satzungsregelung gleichzeitig ein Sonderrecht zugunsten eines bestimmten Gesellschafters zu sehen ist, bedarf es zwingend dessen Zustimmung.

Formulierungsvorschlag: *Der Gesellschafter G hat persönlich und nicht vererblich für die Dauer seiner Zugehörigkeit als Gesellschafter dieser Gesellschaft das Sonderrecht, sich selbst oder einen beliebigen Dritten, stets jedoch nur einen Geschäftsführer, neben dem oder den sonst von der Gesellschafterversammlung frei wählbaren Geschäftsführern zu benennen. Der jeweilige von dem Sonderrechtsinhaber bestellte Geschäftsführer*

kann nur aus wichtigem Grunde abberufen werden. Der aufgrund des Sonderrechts bestellte Geschäftsführer ist stets einzelvertretungsberechtigt und von § 181 BGB befreit. Alle weiteren Geschäftsführer sind nur mit dem Sonderrechtsgeschäftsführer gemeinschaftlich vertretungsberechtigt.

VII. Vererblichkeit und Übertragbarkeit von Sonderrechten

Immer wieder wünschen Übergeber, die von ihrer eigenen „Unkaputtbarkeit“ überzeugt sind, starke Sonderrechte im Gesellschaftsvertrag vorzusehen. Hiermit wollen sie sowohl die Nachfolgeneration kontrollieren, Missbräuche vermeiden, häufig auch übermäßigen Konsum durch die Nachfolgeneration verhindern und ihren eigenen Einfluss auf Geschäftsführung und Unternehmensleitung absichern. Je jünger die Unternehmer sind, desto sinnvoller ist eine entsprechende Gestaltung. Gerade in Zeiten, in denen erbschaftsteuerrechtliche Reformen Unternehmer zur frühzeitigen Unternehmensnachfolge verleiten, obwohl die Nachfolgeneration sich noch nicht bewiesen hat und dementsprechend das ausgeprägte Vertrauen in die nachfolgende Generation noch nicht vorhanden ist, führt dies zu ausgeprägten, manchmal übermäßigen Vorbehalten und Sonderrechten der Übergeber. Dies ist beispielsweise bei der Überlassung von Unternehmensanteilen an noch minderjährige Kinder oft zu verzeichnen. In diesen Fällen werden häufig die zusätzlichen Rechte allerdings nicht im Gesellschaftsvertrag, sondern in den Zuwendungsverträgen abgesichert und durch bedingte Rückforderungsrechte ergänzt. Probleme entstehen mit entsprechenden Sonderrechten regelmäßig, wenn der ursprünglich noch 40-jährige, 50-jährige oder 60-jährige fitte Übergeber langsam ein Alter erreicht, wo eher Ruhebedürfnis, Starrsinn und Festhalten an schon immer vertretenen Positionen dominiert. Psychologisch erweist es sich meistens als eine der schwierigsten Situationen in derartigen Übergabeprozessen, dem Übergeber die eigene Vergänglichkeit klarzumachen und hier Beschränkungen vorzusehen.

Einerseits sollte bei sämtlichen entsprechenden Sonderrechten, die gedanklich meist auf die Person des Übergebers bezogen sind, die Nichtübertragbarkeit und Nichtvererblichkeit vorgesehen werden. Entsprechende Rechte sollten auch ausschließlich höchstpersönlich ausgeübt werden können. Gedacht ist hiermit an folgende Fälle:

- Eintritt von Geschäftsunfähigkeit oder sonstiger
Betreuungsbedürftigkeit,

- weitere Übertragung von Anteilen an der GmbH,
- Todesfall des Inhabers von Geschäftsanteilen oder Gesellschaftsanteilen mit Sonderrechten.

Sollte im Gesellschaftsvertrag beziehungsweise der Satzung nichts weiter geregelt sein, so ist es eine Frage der Auslegung, ob diese Sonderrechte höchstpersönlich sind oder auf Einzelrechtsnachfolge oder Gesamtrechtsnachfolge übergehen sollen⁴¹. Auslegungsfragen sind meist Streitfragen. Dies sollte vermieden werden.

Beispiel: *Ein Unternehmer hat sich im Rahmen der vorweggenommenen Erbfolge das Sonderrecht vorbehalten, dass die Gesellschafterversammlung stets nur beschlussfähig ist, wenn er selbst persönlich anwesend ist und das Recht als Vorsitzender der Gesellschafterversammlung wahrnehmen kann. Ferner steht ihm das Vetorecht zu, dass kein Beschluss ohne seine Zustimmung gefasst werden kann. Nunmehr überträgt der ursprüngliche Alleininhaber von dem ihm verbleibenden Gesellschaftsanteil von 30 Prozent einen fünfprozentigen Anteil an seine zweite Ehefrau, die er nach seiner Verwitwung geheiratet hat.*

Nunmehr stellt sich die Frage, ob die Sonderrechte des ursprünglichen Unternehmensinhabers auch auf seine zweite Ehefrau übergegangen sind. Dies könnte dazu führen, dass die neue Minderheitsgesellschafterin (die zweite Ehefrau) die gesamte Gesellschaft nunmehr blockieren kann, weil sie einerseits ein Vetorecht miterworben hat und andererseits die Gesellschafterversammlung ohne ihre Zustimmung nie beschlussfähig ist. Dies wird regelmäßig so nicht gewollt sein. Bereits die Auslegung der Satzungsbestimmung wird im Zweifelsfall dazu führen, dass entsprechende besonders starke Sonderrechte eines Unternehmensinhabers bei der Familiengesellschaft nur höchstpersönlich gelten sollen. Um insoweit jedoch Auslegungsschwierigkeiten und Streitigkeiten zu vermeiden, sollte die Frage der Übertragbarkeit, also der dinglichen Wirkung oder der höchstpersönlichen Wirkung der entsprechenden Sonderrechte stets klar und möglichst eindeutig im Gesellschaftsvertrag vereinbart und festgelegt werden.

Dies gilt ebenso für Fälle der Gesamtrechtsnachfolge. Lediglich in seltenen Fällen will sich der Übergeber das Recht vorbehalten, bei beispielsweise zwei Kindern, die er bereits jedes zu 49 Prozent beteiligt hat, durch einen goldenen Anteil (Golden Share) zu begünstigen. Dies kommt beispielsweise in Betracht, wenn der Unternehmer grundsätzlich

beide Kinder für gleichmäßig nachfolgeberechtigt hält und die Unternehmensnachfolge bereits durchführen möchte, gleichzeitig jedoch Pattsituationen vermeiden möchte. Hier kann sich der Übergeber noch das Recht vorbehalten, seinen goldenen Anteil, verbundenen mit Mehrstimmrechten, Vetorechten, dem Recht auf den Vorsitz in der Gesellschafterversammlung und dergleichen durch lebzeitige Übertragung im Wege der vorweggenommenen Erbfolge oder durch Vererbung einem der beiden zur Nachfolge vorgesehenen Kinder zuzuwenden.

In allen entsprechenden Fällen ist jedoch sicherzustellen, dass die entsprechenden Sonderrechte bereits vereinbart werden, solange der Übergeber noch das alleinige Sagen in der Gesellschaft hat. Denn die Einführung entsprechender Sonderrechte bedarf stets der Zustimmung sämtlicher Gesellschafter in der Gesellschafterversammlung. Selbst eine 99-prozentige Mehrheit in der Gesellschafterversammlung würde es dem Gesellschafter nicht ermöglichen, entsprechende Sonderrechte sich selbst einzuräumen und vorzubehalten. Insoweit kann es sich empfehlen, bereits rechtzeitig im Gesellschaftsvertrag der Personengesellschaft oder in der Satzung der GmbH die entsprechenden Sonderrechte vorzubehalten. Einer Aufhebung dieser entsprechenden Sonderrechte werden die Mitgesellschafter meist unproblematisch zustimmen.

Problematisch werden entsprechende starke Sonderrechte dann, wenn der Unternehmensgründer oder bisherige Unternehmensleiter seine Fähigkeit verliert, die richtigen Entscheidungen für das Unternehmen zu fällen. Dies kann sowohl mit einem Betreuungsfall einhergehen, muss jedoch gar nicht so weitgehend ausgerichtet sein. Bereits mit fortschreitendem Alter, sich andeutender Demenz oder sonst eingeschränkter Entscheidungsfähigkeit nimmt meist die Kompetenz des Übergebers, das Unternehmen in die richtige Richtung zu lenken, ab. Hierfür sollte in jedem Fall bei besonders starker Ausgestaltung der Sonderrechte des Übergebers Rücksicht genommen werden. Denkbar ist es einerseits, alle Sonderrechte des Übergebers mit einer Frist zu versehen, diese also mit Vollendung des 75. Lebensjahres des Übergebers beispielsweise erlöschen zu lassen. Die Nichtübertragbarkeit dieser Sonderrechte versteht sich in derartigen Fällen natürlich von selbst.

Sollte ein Übergeber sich hiervon nicht überzeugen lassen und man sich nicht auf einen festen Zeitpunkt einigen können, so sollte zumindest festgehalten werden, dass die Sonderrechte ausschließlich durch den Übergeber höchstpersönlich ausgeübt werden können und das Sonderrecht erlischt, wenn entweder für den Übergeber Betreuung angeordnet wird

oder ohne das Vorliegen einer Vorsorgevollmacht Betreuung anzuordnen wäre. Letzteres ist insoweit problematisch, als auch ein bloßer Schlaganfall mit nachfolgenden körperlichen Beeinträchtigungen bei völlig klarem Kopf zur Anordnung der Betreuungsbedürftigkeit führen kann, obwohl die Entscheidungsfähigkeit in unternehmerischen Angelegenheiten nicht beeinträchtigt ist. Gleichwohl sollte m. E. für eine angemessene zeitliche Begrenzung dieser Sonderrechte gesorgt werden, da anderenfalls die Lähmung der Gesellschaft droht. Je älter der Übergeber wird, desto stärker wird auch die Gefahr eines Fremdeinflusses.

VIII. Führung und Kontrolle durch den Beirat im Familienunternehmen⁴²

1. Einführung

Lediglich die Aktiengesellschaft und die Genossenschaft verfügt zwingend – auch als nicht mitbestimmte Gesellschaft – über einen Aufsichtsrat.

In anderen Gesellschaften sind obligatorische Aufsichtsräte erst ab einer bestimmten Größenordnung vorgesehen⁴³. Mittelständische Unternehmen und insbesondere Familiengesellschaften überschreiten in den zahlenmäßig häufigsten Fällen die Größenangaben des DrittelbG und des MitbestG nicht. Für sie stellt sich daher in der Regel nur die Frage nach der Bildung von freiwilligen Beiräten. Nur um diese geht es im Folgenden. Der Begriff „Beirat“ wird dabei grundsätzlich als Oberbegriff für die unterschiedlichen Ausprägungen als bloß beratendes Gremium, als kontrollierender Aufsichtsrat, als Verwaltungsrat mit Geschäftsführungsbefugnissen⁴⁴ oder als Gesellschafterausschuss verwandt.

Fakultative Beiräte sind nicht auf einzelne mittelstandstypische Gesellschaftsformen beschränkt. Die Möglichkeit eines Beirates ist in § 52 GmbHG ausdrücklich vorgesehen. Doch auch in anderen Gesellschaftsformen wie zum Beispiel allen Personenhandelsgesellschaften besteht diese Möglichkeit⁴⁵. Besonders häufig kommt er bei der GmbH & Co. KG vor. Bei den Personengesellschaften gilt für den Beirat nicht der Grundsatz der Selbstorganschaft, so dass auch Nichtgesellschafter zu Beiratsmitgliedern ernannt werden können⁴⁶.

2. Anwendungsfälle

In der ersten Generation eines Unternehmens erfolgt in der Regel noch keine Bestellung eines Beirates. Der Gründer sieht darin meist die Gefahr der Verwässerung seines Einflusses. Er wünscht keine externe Kontrolle und keine Mitspracherechte Dritter. Damit wird allerdings die Chance vertan, externen Sachverstand unmittelbar in das Unternehmen einzubinden. Auch in der Gründergeneration kann daher durchaus über die Installation eines Beirates nachgedacht werden. Abgesehen davon existieren vor allem folgende Hauptanwendungsfälle und Motive für einen Beirat⁴⁷:

- Die Vorbereitung der **Unternehmensnachfolge**⁴⁸, wenn das Unternehmen zwar in der Hand einer Nachfolgeneration erhalten werden, diese aber das Unternehmen nicht *allein* und ohne weitere Kontrolle fortführen soll. Ferner kann der Beirat es dem Betriebsübergeber ermöglichen, aus der aktiven Geschäftsführung auszuscheiden und gleichwohl als Aufsichtsrat seinen Einfluss zu erhalten.
- Es kann **externer Sachverstand** für eine Dauerberatung auf diese Art und Weise an das Unternehmen gebunden werden⁴⁹. Der Beirat übernimmt damit die Rolle des sogenannten Sparringspartners⁵⁰.
- Der Beirat kann auch die Funktion eines **Kontrolleurs**, wie der Aufsichtsrat einer AG erfüllen.
- Bei **Unternehmen mit mehreren Gesellschafterstämmen**. Hier kann der Beirat als vermittelndes Bindeglied wertvolle Dienste leisten, indem streitbefangene Diskussionen auf einen neutraleren Beirat verlagert werden. In diesen Fällen ist besondere Sorgfalt auf die Zusammensetzung des Beirats zu verwenden⁵¹.
- Aus Gründen der **Marketingstrategie**, sich mit einflussreichen, medienwirksamen Partnern zu umgeben.
- Als ständiges **Schlichtungsgremium**, so dass bei Streitigkeiten zwischen Gesellschaftern oder diesen und der Gesellschaft zunächst ein Schlichtungsversuch durch den Beirat durchzuführen ist⁵².
- Als Begleitmaßnahme zu strategischen **Unternehmenskooperationen**. Durch wechselseitige Beteiligung von Organen der Partnerunternehmen an den jeweiligen anderen Gesellschaften wird der Informationsfluss gesichert, die

wechselseitige Kontrolle gewährleistet und die Kooperation auf diese Weise institutionalisiert.

- Zur **Einbindung externer Geldgeber**. In diesen Fällen tritt allerdings recht schnell in krisenhaften Stadien des Unternehmens ein erheblicher Interessenkonflikt ein, so dass davon aus meiner Sicht eher abgeraten werden sollte. Hier stellt sich ferner meist ein Informationsproblem, da der Geldgeber nicht immer über alle internen Informationen des Unternehmens unterrichtet sein soll.
- Bei der **Stiftungs-GmbH**, um trotz atypischer Rechtsform eine stiftungsähnliche Führungsstruktur zu erreichen⁵³.

Mehr als 50 Prozent aller mittelständischen Familienunternehmen verfügen bereits über einen Beirat⁵⁴.

3. Frauenquote für die GmbH⁵⁵

Am 1. Mai 2015 ist das Gesetz für die gleichberechtigte Teilhabe von Frauen und Männern in Führungspositionen in Kraft getreten⁵⁶. Der Hauptanwendungsbereich liegt im Bereich börsennotierter Gesellschaften mit paritätischer Mitbestimmung. Diese werden verpflichtet, mindestens 30 Prozent des Aufsichtsrats mit Personen des unterrepräsentierten Geschlechts zu besetzen. Gleichzeitig ist das Gesetz nicht auf börsennotierte Gesellschaften beschränkt, sondern erfasst auch sämtliche Gesellschaften, die einer Form der gesellschaftsrechtlichen Mitbestimmung unterliegen, einschließlich der Drittelbeteiligung. Erfasst sind daher sämtliche Gesellschaften mit üblicherweise mehr als 500 Arbeitnehmern, da dann die Drittelbeteiligung eingreift. Rein faktisch ist es jedoch in der Praxis so, dass in der überwiegenden Zahl der Fälle bei Gesellschaften mit mehr als 500 Arbeitnehmern und weniger als 2.000 Arbeitnehmern die gesetzlichen Bestimmungen der Drittelmitbestimmung faktisch nicht eingehalten werden. In diesen Fällen nichtbörsennotierter Gesellschaften besteht lediglich eine Verpflichtung, Zielvorgaben für den Frauenanteil in der Geschäftsführung, im Aufsichtsrat und auf den ersten beiden Führungsebenen unterhalb der Geschäftsführung festzulegen. Dies betrifft insoweit nach §§ 36, 52 Abs. 2 GmbHG auch mitbestimmte GmbHs. Entwarnung kann also für sämtliche Gesellschaften gegeben werden, die nicht gesetzlich mitbestimmt sind.

Hierzu sind folgende Konsequenzen und Anwendungsschwierigkeiten festzuhalten:

- Auch die Komplementär-GmbH einer GmbH & Co. KG unterliegt § 36 GmbHG, sofern sie der Unternehmensmitbestimmung unterliegt. Dies ist zwar nicht beim DrittelbG der Fall, wohl aber nach § 4 MitbestG relevant. Da die GmbH jedoch keine eigenen Mitarbeiter hat und eine Zurechnungsnorm entsprechend § 4 MitbestG fehlt, soll § 36 GmbHG insoweit ins Leere gehen⁵⁷.
- Unklar ist, ob § 36 GmbHG beziehungsweise § 52 Abs. 2 GmbHG hinsichtlich des Drittelbeteiligungsgesetzes darauf abstellt, ob das DrittelbG anwendbar ist oder ob es tatsächlich praktiziert wird⁵⁸. Soweit das Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer bei einer grenzüberschreitenden Verschmelzung (MGVG) anwendbar ist, fällt dies nicht unter §§ 36, 52 Abs. 2 GmbHG; dies ist immer dann der Fall, wenn eine Gesellschaft aus einer grenzüberschreitenden Verschmelzung nach §§ 122a ff. UmwG hervorgeht.
- Die Zuständigkeit für die Festlegung der Zielgrößen trifft bei § 36 GmbHG das Organ der Geschäftsführung. Die Geschäftsführer sind dabei an Weisungen der Gesellschafterversammlung gebunden. Eine Veränderung der allgemeinen Kompetenzverteilung innerhalb der GmbH ist mit § 36 GmbHG nach herrschender Meinung nicht verbunden. Im Anwendungsbereich des § 52 Abs. 2 GmbHG liegt die Kompetenz hingegen bei der Gesellschafterversammlung, die diese Entscheidungen dem Aufsichtsrat übertragen kann.
- Besondere, scharfe gesetzliche Sanktionen für den Fall des Verstoßes gegen § 36 GmbHG sind nicht vorgesehen⁵⁹. Gleichwohl ist ein Verstoß gegen § 36 GmbHG ein Legalitätsverstoß im Sinne des § 43 Abs. 2 GmbHG⁶⁰. Das Haftungsrisiko ist insoweit noch nicht abschätzbar. Überzeugend wird § 36 GmbHG nicht als Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB angesehen⁶¹.
- Zunächst hat die Geschäftsführung die Ist-Quote je Hierarchieebene zu ermitteln. Dabei ist die Anzahl der Gesamt Arbeitnehmer, die Anzahl der Frauen und daraus abgeleitet die Quote der Frauen aus der Gesamtanzahl zu ermitteln. Ob dabei eine Zeitpunktbetrachtung oder eine Durchschnittsbetrachtung maßgeblich ist, ist offen. Eine Mindestzielgröße wird durch § 36 GmbHG nicht vorgegeben. Eine Pflicht zur Steigerung des

Frauenanteils für die ersten beiden Führungsebenen wird durch das Gesetz ebenso wenig festgelegt. Sofern der Frauenanteil bei Festlegung der Zielgrößen weniger als 30 Prozent beträgt, darf die Zielgröße nicht niedriger sein als die bereits bestehende Zielgröße. Danach darf der bereits erreichte Anteil der Quote nicht mehr unterschritten werden.

- Durch das Gesetz werden weitere Berichtspflichten auch hinsichtlich der Frauenquote eingeführt. Gemäß § 289a Abs. 4 HGB müssen Gesellschaften, für die §§ 36, 52 Abs. 2 GmbHG anwendbar sind, im Lagebericht eine Erklärung zur Unternehmensführung mit den Festlegungen und Angaben nach § 289a Abs. 2 Nr. 4 HGB aufnehmen. Damit sind die Festlegungen zur Frauenquote und Angaben zum Erreichen der Zielgrößen erforderlich. Bei Verfehlen der Zielgröße sind Gründe anzugeben. Eine Verletzung dieser Berichtspflicht ist eine Ordnungswidrigkeit nach § 334 Abs. 1 Nr. 3 HGB.
- Soweit ein Betriebsrat besteht, ist der Betriebsrat nach § 92 Abs. 3 BetrVG über die beabsichtigte Zielfestlegung zu unterrichten und dies mit dem Betriebsrat zu beraten, sofern auch nicht leitende Angestellte im Sinne des § 5 Abs. 3 BetrVG von den Regelungen betroffen sein können. Ein Mitbestimmungsrecht besteht für den Betriebsrat jedoch vorliegend nicht, so dass die Einigungsstelle nach § 76 BetrVG nicht angerufen werden kann⁶². Will der Betriebsrat allgemeine Regeln zur bevorzugten Berücksichtigung von Frauen bei Einstellungs- und Förderungsentscheidungen treffen, so besteht hierbei ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats nach § 95 Abs. 1 BetrVG.

4. Einrichtung eines fakultativen Aufsichtsrats nur durch Satzungsänderung?

In dem vom KG v. 23.7.2015 – 23 U 18/15, GmbHR 2016, 29⁶³, zu entscheidenden Sachverhalt war ursprünglich eine GmbH gegründet worden, die eine Ermächtigungsklausel zur Einrichtung eines fakultativen Aufsichtsrats in der Satzung enthielt. Die Formulierung entsprechend der Ermächtigungsklauseln in der Satzung lautet typischerweise wie folgt:

*„Die Gesellschafter können durch einfachen Beschluss beschließen, dass für die Gesellschaft ein aus *** Mitgliedern bestehender Aufsichtsrat*

geschaffen wird. Bis zur Fassung eines entsprechenden Beschlusses besteht kein Aufsichtsrat.“

In der Rechtslehre und Rechtsprechung bestanden bisher regelmäßig keine Zweifel daran, dass entsprechende Ermächtigungsklauseln in der Ursprungssatzung wirksam sind und dass auch die Installation eines entsprechenden Aufsichtsrates durch Beschluss in der satzungsgemäßen Form und Mehrheit zur wirksamen Schaffung eines entsprechenden Aufsichtsrates ausreichend ist⁶⁴. Die Rechtsprechung hatte sich in der Vergangenheit stets nur mit Detailfragen der Ausgestaltung entsprechender Beschlüsse zu befassen, nicht aber mit der Zulässigkeit als solchen, die stets unterstellt wurde. Nunmehr hat das KG Berlin in seiner Entscheidung vom 23.7.2015⁶⁵ die Praxis verunsichert und für die Ausfüllung der Ermächtigungsklausel einen satzungsändernden Beschluss nach §§ 53, 54 GmbHG verlangt. Ein bloßer Beschluss ohne Satzungsänderung, notarielle Beurkundung und Handelsregisteranmeldung und -eintragung wurde vom KG Berlin als nichtig angesehen. Auch eine bloß punktuelle Satzungsdurchbrechung wurde verständlicherweise vom KG Berlin abgelehnt.

In der Rechtslehre erfährt diese Entscheidung des KG Berlin Kritik⁶⁶. Zugegebenermaßen bedarf es eigentlich keiner Satzungsänderung nach §§ 53, 54 GmbHG, weil die Satzung ja gar nicht geändert wird. Es wird lediglich von einer in der Satzung bereits vorgesehenen Möglichkeit Gebrauch gemacht. Insoweit scheint die Kritik an der Entscheidung des KG auf den ersten Blick berechtigt. Gleichzeitig ist dem KG Berlin auf den zweiten Blick durchaus zu attestieren, dass die Entscheidung nicht ganz von der Hand zu weisen ist. Beinhaltet eine Ermächtigungsklausel lediglich die Regelung, dass ein Aufsichtsrat geschaffen werden könne, so ist damit noch in keiner Weise festgelegt, welche Befugnisse dieser Aufsichtsrat tatsächlich haben soll. Das KG hält die Bestimmungen der §§ 53, 54 GmbHG für zwingendes Recht, das nicht durch gesellschaftsvertragliche Abmachungen wie Öffnungsklauseln außer Kraft gesetzt werden könne. Eine GmbH, die in ihrer Satzung die Möglichkeit der Errichtung eines Aufsichtsrats vorsieht, hat bis zur Errichtung desselben keinen Aufsichtsrat. Die Umwandlung einer GmbH ohne Aufsichtsrat in eine GmbH mit Aufsichtsrat ist aber unzweifelhaft – wie das KG ausgeführt hat – eine tiefgreifende Änderung der Gesellschaftsverfassung und unterliegt daher laut dem KG als solche den zwingenden Bestimmungen der §§ 53, 54 GmbHG. Die Änderung der Gesellschaftsverfassung durch Errichtung eines mit Organkompetenzen

ausgestatteten Aufsichtsrats ist mit oder ohne Öffnungsklausel nach dem KG stets materiell eine Satzungsänderung, die nicht ohne Beurkundung und Eintragung wirksam werden können.

Dem KG ist insoweit zuzugeben, dass eine schlichte Ermächtigungsklausel noch nichts darüber besagt, welche Kompetenzen der Aufsichtsrat hat, inwieweit der Aufsichtsrat die Geschäftsführung bestellen, abberufen, Anstellungsbedingungen festlegen oder Kontrollrechte und Weisungsrechte gegenüber der Geschäftsführung ausüben kann. All dies wird erst durch den späteren Beschluss der Gesellschafterversammlung konkretisiert. Der gesetzgeberische zwingende Schutzzweck der §§ 53, 54 GmbHG spricht insoweit dafür, dass satzungsmäßige Ermächtigungsklauseln, die nicht alle erforderlichen Regelungen des Aufsichtsrats und seiner Kompetenzen bereits festlegen, eines satzungsändernden Beschlusses nach §§ 53, 54 GmbHG bedürfen. Anderenfalls könnte jede GmbH-Satzung auf den gesetzgeberischen Mindestinhalt beschränkt und für alle übrigen Bestimmungen eine Ermächtigungsklausel vorgesehen werden, die dann durch einfachen Gesellschafterbeschluss eine Parallelsatzung schaffen könnte.

Gestaltungshinweis: *Für die Gestaltungspraxis sollte die Entscheidung des KG Berlin in jedem Fall ernstgenommen werden und daher entsprechende Ermächtigungsklauseln in Zukunft in der Weise ausgestaltet werden, dass sämtliche Regelungen für den fakultativen Aufsichtsrat bereits in der Satzung enthalten sind, so dass es nur noch der Schaffung des Aufsichtsrates selbst bedarf, um den Aufsichtsrat zu aktivieren, nicht mehr aber der Festlegung der Organkompetenzen.*

Das OLG München hatte sich in seiner Entscheidung vom 9.8.2012⁶⁷ mit der Möglichkeit eines **Vorratsbeirats** auseinanderzusetzen. Das OLG München hielt die in der Satzung vorgesehene Möglichkeit der späteren Aktivierung eines Beirats durch bloßen Gesellschafterbeschluss für wirksam. Die in der Satzung der GmbH vorgesehene Möglichkeit, einen Beirat mit einfacher Stimmenmehrheit einzurichten, kann nach Ansicht des OLG München nicht verwirkt werden. Die Stimmabgabe eines Mehrheitsgesellschafters für die Einrichtung eines Beirats ist nach OLG München auch nicht schon deshalb treuwidrig, weil in der Vergangenheit eine Streichung der Satzungsklausel diskutiert, aber letztlich nicht umgesetzt wurde. Der maßgebliche Unterschied des vom OLG München zu entscheidenden Falls, der sich vom Fall des Kammergerichts wesentlich unterscheidet, besteht darin, dass in mehreren Paragraphen sowohl der Beirat, dessen Zusammensetzung und die innere Ordnung und

Kompetenzen sowie Beschlussmodalitäten des Beirates bereits geregelt waren, als wäre der Beirat sofort eingesetzt worden. Die Regelungen zum Beirat betrafen drei Paragraphen der Satzung und regelten alle grundlegenden Bestimmungen, die für einen Beirat erforderlich sind. Insoweit ist der Entscheidung des OLG München zuzustimmen, dass hier an der Wirksamkeit der Aktivierung des Beirates keine Zweifel bestehen können. Dies hat mittelbar auch der BGH in seiner Entscheidung vom 16.4.2015⁶⁸ bestätigt. Der BGH hat sich als Revisionsinstanz zur Entscheidung des OLG München mit schiedsgerichtlichen Problemen auseinandersetzen müssen und ist hierbei implizit von der Wirksamkeit der Aktivierung des Beirates ausgegangen.

5. Besondere steuerliche Bedeutung des Beirates bei der gewerblich geprägten Einheits-GmbH & Co. KG⁶⁹

Eine besondere Bedeutung hat zwischenzeitlich der Beirat in der gewerblich geprägten Einheits-GmbH & Co. KG erlangt. Auf Grund der Entscheidung des FG Münster⁷⁰ und der dazugehörigen BFH-Revision⁷¹ ist zwischenzeitlich die gewerblich geprägte Einheits-GmbH & Co. KG weiter ins Gerede gekommen. Das FG Münster hat zwar die Auffassung vertreten, dass bei typischer Ausgestaltung der Einheits-GmbH & Co. KG die gewerbliche Prägung gemäß § 15 Abs. 3 Nr. 2 EStG nicht gefährdet sei, weil den Kommanditisten auch bei entsprechender Gestaltung keine Geschäftsführungsbefugnis eingeräumt werde. Gleichwohl wird die gewerblich geprägte Einheits-GmbH & Co. KG auf Grund der Unsicherheiten des derzeit schwebenden BFH-Verfahrens eher vermieden. Soweit hingegen gleichwohl eine Einheits-GmbH & Co. KG als gewerblich geprägte GmbH & Co. KG angestrebt wird, kann die Willensbildung in der GmbH durch einen Beirat erfolgen. Insoweit wird diese Gestaltung auch von der Finanzverwaltung anerkannt. Dies gilt auch dann, wenn Kommanditisten Mitglieder des Beirates sind⁷².

6. Kompetenzen des Beirats einer Einheits-GmbH & Co. KG

Auch wenn die Einheits-GmbH & Co. KG sich bereits seit mehr als 20 Jahren großer Beliebtheit in der Praxis erfreut, sind bisher die Anzahl der obergerichtlichen Entscheidungen und BGH-Entscheidungen sehr beschränkt. Eine spannende Entscheidung, die die Bedeutung des Beirates bei der KG betont, wird nunmehr vom OLG Celle in seiner Entscheidung

vom 6.7.2016⁷³ bestätigt. Einerseits erkennt das OLG Celle die grundsätzliche Kompetenzverteilung in einer Einheits-GmbH & Co. KG an. Danach ist für eine Satzungsänderung bei der GmbH im Rahmen einer Einheitsgesellschaft grundsätzlich die Kommanditgesellschaft als Alleingesellschafterin zuständig. Diese handelt im Regelfall durch ihre Organe, also durch die Geschäftsführer der Komplementär-GmbH selbst in vertretungsberechtigter Anzahl. Zulässigkeitsbedenken wegen dieser Zirkelschlusskompetenzen, die dem Geschäftsführer der GmbH das Recht zur Satzungsänderung in der eigenen GmbH einräumt, hat das OLG Celle nicht.

Gleichzeitig bestätigt das OLG Celle die Möglichkeit, in der Kommanditgesellschaft einen Beirat zu schaffen, dem die Zuständigkeit zur Wahrnehmung der Gesellschafterrechte in der Gesellschafterversammlung der GmbH zuweist. In einem solchen Fall kann der Beirat die Satzungsänderung der GmbH im Rahmen einer entsprechenden Gesellschafterversammlung beschließen. Der Entscheidung des OLG Celle ist insoweit zuzustimmen.

7. Beirat schützt nicht vor verdeckter Gewinnausschüttung

In dieser vom BFH v. 22.10.2015 – IV R 7/13, BStBl II 2016, 219⁷⁴, im Jahre 2015 zu entscheidenden Gestaltung waren überhöhte Geschäftsführungsvergütungen an den Geschäftsführer einer Tochter-GmbH gewährt worden, der gleichzeitig Kommanditist der Mutter-KG war beziehungsweise Kommanditisten der Mutter-KG nahestand. Die Vergütung dieses Geschäftsführers wurde allerdings nicht durch die Gesellschafterversammlung der GmbH allein, sondern nur mit Zustimmung eines gesellschaftsvertraglich errichteten und jederzeit auflösbaren Beirats genehmigt. Die Steuerpflichtigen machten geltend, dass das Vorliegen einer verdeckten Gewinnausschüttung verhindert worden sei, weil gar nicht die Gesellschafter allein über die Vergütung des Geschäftsführers der Tochter-GmbH habe entscheiden können, sondern dies ja der Zustimmung eines selbständigen Beirates bedurft hätte. Insoweit entfalle auch die Indizwirkung einer Veranlassung durch das Gesellschaftsverhältnis. Dem hat der BFH wiederum entgegengehalten, dass der Beirat im vorliegenden Fall eine sehr schwache Stellung gehabt habe, da die KG als Muttergesellschaft den Beirat jederzeit durch Satzungsänderung habe auflösen können. Eine eigentliche durchsetzbare Macht- und Entscheidungsposition habe dem Beirat daher nicht

zugestanden. Das Zustimmungserfordernis des Beirats ändert daher nichts an der im vorliegenden Fall indizierten Veranlassung durch das Gesellschaftsverhältnis.

8. Aufgaben und Rechte des Beirates

Wesentliche Aufgaben⁷⁵ des fakultativen Beirats sind

- die Beratung der Geschäftsführung⁷⁶,
- die Kontrolle und Überwachung⁷⁷,
- die Erteilung von Weisungen gegenüber der Geschäftsführung an Stelle der Gesellschafterversammlung⁷⁸,
- Zustimmungsvorbehalte für wesentliche Geschäftsführungsmaßnahmen,
- Mitwirkung bei der strategischen Unternehmensplanung,
- Bindung der Abtretung von Geschäftsanteilen an der Gesellschaft an die Zustimmung des Beirats⁷⁹,
- Bestellung von Abschlussprüfern,
- die Feststellung des Jahresabschlusses⁸⁰ und
- die Festlegung, welche Teile des Gewinnes in Rücklagen eingestellt werden sollen,
- Bestellung⁸¹, Abberufung und Entlastung⁸² von Geschäftsführern der GmbH⁸³,
- die Festlegung der Anstellungsbedingungen der Geschäftsführung,
- die Einberufung von Gesellschafterversammlungen,
- die Schlichtung in Streitfällen⁸⁴ sowie
- die Festlegung und Befreiung vom Wettbewerbsverbot.

Der erfolgreiche Beirat sollte nicht nur nachträglich kontrollierend tätig sein, sondern von vorneherein als mitgestaltendes, mitplanendes und präventiv schützendes Gremium agieren⁸⁵ und damit auch unternehmerisch mitgestalten. Übereifer ist allerdings ebenso wenig geboten. Denn die Verantwortung für den wirtschaftlichen Erfolg trägt doch die Geschäftsführung. Die moderne Sicht eines aktiv mitgestaltenden Aufsichtsrates kann insoweit auch zu unternehmensinternen Spannungen führen.

9. Gestaltungsgrenzen und -anforderungen für den Beirat in der Gestaltungspraxis

a) Personengesellschaft

Gestaltungsgrenzen für den Beirat werden vor allem durch die allgemeinen Grundsätze des Personengesellschaftsrechts gezogen. Dies sind vor allem:

- das Abspaltungsverbot (dieses verbietet, Gesellschafterrechte zu übertragen);
- das Prinzip der Verbandssouveränität⁸⁶ (danach haben die Gesellschafter in den Grundlagenentscheidungen der Gesellschaft das Letztentscheidungsrecht; dieses kann keinem anderen Gesellschaftsorgan oder gar Dritten zugewiesen werden);
- das Prinzip der Selbstorganschaft⁸⁷ (danach kann die organschaftliche Geschäftsführung nicht auf Nichtgesellschafter übertragen werden).

Aus dem Vorstehenden folgt, dass ein Beirat, der nur aus Gesellschaftern besteht, mit den weitest möglichen Aufgaben betraut werden kann, sogar mit der organschaftlichen Geschäftsführung selbst⁸⁸. Sind hingegen – wie meist – auch Gesellschaftsfremde im Beirat vertreten, so kann dem Beirat nicht die Geschäftsführung selbst oder die Befugnis zur beliebigen Änderung des Gesellschaftsvertrages als Aufgabe zugewiesen werden.

Bei Personengesellschaften ist vor allem eine umfassende, verdrängende Übertragung von Geschäftsführungsbefugnissen oder einer organschaftlichen Vertretungsmacht auf den Beirat dann ausgeschlossen, wenn auch Nichtgesellschafter ihm angehören⁸⁹. Dagegen können bestimmte Geschäftsführungsmaßnahmen an die Zustimmung des Beirates gekoppelt werden. Dem fremdbesetzten Beirat kann auch solange ein Weisungsrecht in Geschäftsführungsangelegenheiten eingeräumt werden, als die letztgültige Entscheidung noch bei der Gesellschafterversammlung verbleibt. Die allgemeine Organhierarchie darf nicht angetastet werden; oberstes Gesellschaftsorgan muss gerade im Hinblick auf die persönliche Haftung stets die Gemeinschaft der Gesellschafter bleiben⁹⁰. Schließlich kann der Beirat einer Personengesellschaft nicht ermächtigt werden, beliebige substantielle Änderungen des Gesellschaftsvertrages gegen den Willen der Gesellschafter vorzunehmen.

b) Die GmbH

Für das Recht der GmbH ist der fakultative Aufsichtsrat in § 52 GmbHG geregelt. Diese Norm verweist im Wesentlichen auf Vorschriften des Aufsichtsrates nach dem AktG. Allerdings erfasst § 52 GmbHG nicht alle denkbaren Aufsichts- beziehungsweise Beiräte, sondern nur solche, die im Wesentlichen in der Funktion dem Aufsichtsrat einer AG entsprechen. Die Anwendbarkeit des § 52 Abs. 1 GmbHG ist daher im jeweiligen Einzelfall zu untersuchen. Auf die Bezeichnung des Organs kommt es nicht an. Als Faustregel gilt: Ein die Geschäftsführung überwachender Beirat ist ein Aufsichtsrat im Sinne des § 52 Abs. 1 GmbHG; ist er lediglich beratend tätig (dann wird er meist als „Beirat“ bezeichnet) oder hat er weitergehende Weisungsbefugnisse (meist: „Gesellschafterausschuss“) oder zusätzlich noch Geschäftsführungsbefugnisse (häufig: „Verwaltungsbeirat“), so ist § 52 Abs. 1 GmbHG grundsätzlich nicht oder nur teilweise anwendbar⁹¹. Dies ist eine Frage der Auslegung der Satzung.

Der Verweis auf das Aktienrecht ist häufig so nicht gewünscht und ist dispositiv. Daher wird § 52 Abs. 1 GmbHG bei der Einführung eines Aufsichtsrates regelmäßig abbedungen und durch Regelungen ersetzt, die die Aufgaben und Machtverteilung zwischen den Gesellschaftsorganen individuell ausgestalten. In der Satzung sollten deshalb die wesentlichen Fragen über Entstehung, Zusammensetzung, Dauer, Aufgaben, Rechte und Pflichten im Einzelnen geregelt werden.

In dem zwingenden § 52 Abs. 2 GmbHG werden Formalitäten des Registerverfahrens geregelt, in Satz 1 hinsichtlich der erstmaligen Handelsregisteranmeldung der Gesellschaft und in Satz 2 hinsichtlich der Publizitätsvorschriften bei Änderungen in der Zusammensetzung des Aufsichtsrates.

Manche Aufgaben sind zwingend nach dem Gesetz anderen Organen zugewiesen, so dass diese auch nicht auf satzungsmäßiger Grundlage dem Beirat anvertraut werden können. Dazu zählen bei der GmbH insbesondere:

- die umfassende Geschäftsführung und Vertretung der Gesellschaft nach außen hin, da diese zwingend dem Geschäftsführer zugewiesen ist⁹²;
- die Durchführung von Handelsregisteranmeldungen (zwingende Geschäftsführeraufgabe)⁹³;
- der Beschluss von Satzungsänderungen⁹⁴ (diese Aufgabe ist

- zwingend der Gesellschafterversammlung vorbehalten);
- die Erledigung der Buchführung, § 41 GmbHG, und Aufstellung des Jahresabschlusses, § 42 a GmbHG⁹⁵;
 - der Beschluss über die Einforderung von Nachschüssen⁹⁶,
 - der Beschluss von Umwandlungen nach dem UmwG und die Entscheidung über Unternehmensverträge wie Beherrschungs- und Ergebnisabführungsverträge sowie andere Grundlagengeschäfte⁹⁷;
 - die Wahrnehmung zwingender Individualrechte der Gesellschafter wie das Auskunftsrecht nach § 51a GmbHG oder das Recht auf Anfechtung anfechtbarer Beschlüsse.

Umstritten ist die Frage⁹⁸, ob dem Beirat ein Vetorecht für die vorstehend aufgezählten Gegenstände eingeräumt werden kann, so dass zwar das jeweils zwingend zuständige Organ seine Kompetenz behält, allerdings nie ohne Zustimmung des Beirates handeln kann. Dieses Problem stellt sich zum Beispiel bei einer Satzungsregelung, wonach Satzungsänderungen nur beschlossen werden können (§ 53 Abs. 2 S. 2 GmbHG), wenn neben der Gesellschafterversammlung auch der Beirat zustimmt. Überzeugend ist insoweit zu differenzieren – entsprechend dem Recht der Personengesellschaften –, ob im Beirat nur Gesellschafter oder auch Nicht-Gesellschafter mitwirken. Ist letzteres der Fall, so scheidet ein Vetorecht aus, um die Verbandssouveränität der Gesellschafter zu gewährleisten. Nur diese Meinung trägt dem Aspekt der Alleinentscheidungsbefugnis der Gesellschafter als obersten Herren über ihre Gesellschaft ausreichend Rechnung. Andererseits eröffnet diese Meinung bei Familiengesellschaften mit Familienstämmen die Möglichkeit, stets das Zustimmungserfordernis der Mehrheit der Aufsichtsratsmitglieder (oder der Gesellschafter-Beiratsmitglieder) vorzusehen. Die Gefahr einer Fremdbestimmung entsteht hierdurch nicht. Teilweise wird auch die Ansicht vertreten, dass der Gesellschafterversammlung zumindest die Möglichkeit verbleiben müsse, den Beirat durch Satzungsänderung abzuschaffen oder ihm Befugnisse zu entziehen⁹⁹. Dem ist zuzustimmen.

Häufig wird angeordnet, der Beirat könne dem Geschäftsführer Weisungen in Geschäftsführungsangelegenheiten erteilen oder für Geschäftsführungsmaßnahmen einen Zustimmungsvorbehalt schaffen¹⁰⁰. Problematisch ist dann das Verhältnis von Entscheidungen des Beirates zu Weisungen der Gesellschafterversammlung¹⁰¹. Beispielhaft ist der Fall, indem die Gesellschafterversammlung einer Geschäftsführungsmaßnahme

zustimmt, der Aufsichtsrat, dessen Zustimmung entsprechend § 111 Abs. 4 AktG erforderlich ist, die Maßnahme hingegen ablehnt. Spannend ist insoweit die Frage, ob bei einem fakultativen Beirat eine Satzungsregelung den Vorrang der Aufsichtsratsentscheidung anordnen könnte¹⁰². Diese Frage ist m. E. zu bejahen. Die Gesellschafter können ihre Mitwirkungs- und Überwachungsbefugnisse unstreitig auf einen Beirat übertragen. Dies folgt bereits aus § 52 GmbHG. Das oberste Gesellschaftsorgan muss dennoch die Gesellschafterversammlung bleiben. Gegen diesen Grundsatz wird jedoch durch eine entsprechende Satzungsregelung nicht verstoßen. Denn die Gesellschafter haben die Möglichkeit den Aufsichtsrat – zumindest aus wichtigem Grund – abzurufen, wenn sie mit deren Entscheidungen nicht einverstanden sind. Ferner besteht für die Gesellschafterversammlung die Möglichkeit der vollständigen Abschaffung des Beirates durch Satzungsänderung¹⁰³ oder der Änderung der Satzungsregelung, die den Vorrang des Weisungsrechts des Beirates anordnet. Um in der Praxis den Beirat besonders stark auszugestalten kann daher einerseits geregelt werden, dass jede Satzungsänderung bezüglich des Beirates eines Gesellschafterbeschlusses mit Zustimmung aller Gesellschafter bedarf und dass die Überstimmung der Zustimmung des Beirates nach § 111 Abs. 4 AktG und jede Einmischung, Zustimmung oder Weisung in Geschäftsführungsangelegenheiten stets nur mit einem einstimmigen Gesellschafterbeschluss erfolgen kann.

10. Die erstmalige Einrichtung und Abschaffung

Die Schaffung eines Beirates kann gleich bei Gründung der Gesellschaft erfolgen. In diesem Fall sind die Regeln über den Beirat integrierte Bestandteile des Gesellschaftsvertrages beziehungsweise der Satzung.

Soll ein Beirat erst nachträglich eingeführt werden, so stellt sich die Frage nach den dafür erforderlichen Mehrheiten und Kompetenzen. Zuständig für die Errichtung eines Beirates ist stets die Gesellschafterversammlung. Bei Kapitalgesellschaften liegt eine Satzungsänderung vor, so dass die dafür geltenden formalen Anforderungen und das stimmliche Mindestquorum einzuhalten sind, §§ 53 ff. GmbHG. Diese Anforderungen können bei hartnäckiger Blockadepolitik einzelner Gesellschafter zu einem echten Hinderungsgrund werden, so dass der Beirat scheitert. Umstritten ist, ob deshalb vorab eine schuldrechtliche Verpflichtung zur Errichtung eines Aufsichtsrates eingegangen werden kann¹⁰⁴. Dies würde eine Verpflichtung zur Satzungsänderung bedeuten, die entsprechend § 53 Abs.

3 GmbHG¹⁰⁵ bei einem Aufsichtsrat, der substantielle Rechte der Gesellschafter übertragen erhält, der Einstimmigkeit und Zustimmung aller Gesellschafter bedarf. Der Beschluss der Satzungsänderung bedarf der notariellen Beurkundung. Die Eingehung einer Verpflichtung zur Änderung der Satzung bedarf hingegen nach herrschender Meinung keiner notariellen Beurkundung¹⁰⁶, sie ist formfrei möglich. Um diese Problematik zu vermeiden, kann bei der Gesellschaftsgründung ein Vorratsbeirat als echter Satzungsbestandteil geschaffen werden, der allerdings erst zu besetzen ist, wenn ein satzungsmäßig festzulegendes Quorum von Gesellschaftern oder ein Geschäftsführer dies verlangt. Erst mit der Besetzung werden dessen Rechte und Pflichten dann aktiviert. Hierbei sollten bereits alle statutarischen Regelungen für den Beirat satzungsmäßig vorgesehen werden.

Die Situation ist bei Personengesellschaften ähnlich. Nach dem Grundsatz der Einstimmigkeit ist hier grundsätzlich ein einstimmiger Beschluss erforderlich. Etwas anderes gilt, wenn – wie im Regelfall – nach dem Gesellschaftsvertrag für Änderungen ein Beschluss mit einfacher oder qualifizierter Mehrheit genügt. Ist der Beirat lediglich beratend und zusätzlich überwachend tätig, so kann seine Einführung aufgrund einer allgemeinen Mehrheitsklausel erfolgen, da Rechte der Gesellschafter nicht beschnitten werden. Soll der Beirat hingegen wesentliche Gesellschafterrechte *anstelle* der Gesellschafter wahrnehmen, so bedarf es eines einstimmigen Gesellschafterbeschlusses, es sei denn eine dies konkret gestattende Öffnungsklausel war bereits im Gesellschaftsvertrag vorhanden.

Die Änderung oder Beseitigung eines Beirates ist ebenfalls Änderung des Gesellschaftsvertrages. Sie bedarf bei der GmbH grundsätzlich nicht der Zustimmung aller Gesellschafter und auch nicht des Beirates. Sind allerdings in den Bestimmungen über den Beirat Sonderrechte für einzelne Gesellschafter oder Gesellschaftergruppen geschaffen worden, so bedarf die Beseitigung deren Zustimmung. Für Personengesellschaften gelten die obigen Ausführungen entsprechend.

* Dr. Eckhard Wälzholz ist Notar in Füssen.

¹ Zur Zulässigkeit bei Personengesellschaften bejahend siehe Haas, in: Röhrich/Graf von Westphalen/Haas (Hrsg.), HGB, 4. Aufl., 2014, § 119 Rn. 33; bei der GmbH bejahend Reichert/Weller, in: Fleischer/Goette (Hrsg.), Münch. Komm. GmbHG, Bd. 1, 2. Aufl., 2015, § 14 Rn. 99.

- ² Siehe *Reichert/Weller*, in: Münch. Komm. GmbHG (Fn. 1), § 14 Rn. 100.
- ³ *Wertenbruch*, Abschied von Bestimmtheitsgrundsatz und Kernbereichslehre im Beschlussanfechtungssystem der Personengesellschaft, DB 2014, 2875; *Goette/Goette*, Mehrheitsklauseln im Personengesellschaftsrecht, DStR 2016, 74.
- ⁴ Siehe *Freitag*, in: Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn (Hrsg.), HGB, Bd. 1, 3. Aufl., 2014, § 119 Rn. 6.
- ⁵ BGH v. 15.1.2007 – II ZR 245/05, DStR 2007, 494 = NZG 2007, 259 ff.
- ⁶ BGH v. 15.1.2007 – II ZR 245/05, DStR 2007, 494 = NZG 2007, 259.
- ⁷ BGH v. 21.10.2014 – II ZR 84/13, NZG 2014, 1296.
- ⁸ BGH v. 21.10.2014 – II ZR 84/13, NZG 2014, 1296.
- ⁹ BGH v. 7.2.2012 – II ZR 230/09, DStR 2012, 1093; implizit, im konkreten Fall aber belanglos KG v. 26.2.2004 – 2 U 36/02, NZG 2004, 664; *Haas*, in: Röhricht/Graf von Westphalen/Haas (Hrsg.) (Fn. 1), § 119 Rn. 34 m. w. N.
- ¹⁰ *Roth*, in: Baumbach/Hopt (Hrsg.), HGB, 37. Aufl., 2016, § 119 Rn. 19 m. w. N.
- ¹¹ OLG Karlsruhe v. 29.7.2014 – 4 U 24/14, DStR 2014, 2472 = NJW-RR, 2015, 163.
- ¹² *Roth*, in: Baumbach/Hopt (Hrsg.) (Fn. 10), § 119 Rn. 17 ff. m. w. N.
- ¹³ *Roth*, in: Baumbach/Hopt (Hrsg.) (Fn. 10), § 119 Rn. 14 m. w. N.
- ¹⁴ *Koppensteiner/Gruber*, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff (Hrsg.), GmbHG, 5. Aufl., 2013, § 47 Rn. 16 m. w. N.; *K. Schmidt*, in: Scholz, GmbHG, Bd. 2, 11. Aufl., 2013, § 47 Rn. 11.
- ¹⁵ *K. Schmidt*, in: Scholz (Fn. 14), § 47 Rn. 11; BGH v. 14.7.1954 – II ZR 342/53, BGHZ 14, 264, 269; für Personengesellschaften siehe *Haas*, in: Röhricht/Graf von Westphalen/Haas (Hrsg.) (Fn. 1), § 119 Rn. 32 (dies ist im Hinblick auf die Anerkennung einer Mitunternehmerinitiative jedoch wenig attraktiv).
- ¹⁶ *K. Schmidt*, in: Scholz (Fn. 14), § 47 Rn. 11.
- ¹⁷ BGH v. 14.7.1954 – II ZR 342/53, BGHZ 14, 268: Eher ein Sonderfall, da die Regelung nur für einen von mehreren Gesellschaftsanteilen des Gesellschafters galt.
- ¹⁸ BFH v. 30.1.2013 – II R 38/11, ZEV 2013, 349 (m. Anm. *Wachter*) = NZG 2013, 718 = BFH/NV 2013, 1033 = BFH/NV 2013, 1033 = DB 2013, 1216 = DStZ 2013, 413.
- ¹⁹ OLG Karlsruhe v. 29.7.2014 – 4 U 24/14, NJW-RR 2015, 163, 164.
- ²⁰ OLG Karlsruhe v. 29.7.2014 – 4 U 24/14, NJW-RR 2015, 163, 164; *Roth*, in: Baumbach/Hopt (Hrsg.) (Fn. 10), § 163 Rn. 8.
- ²¹ OLG Karlsruhe v. 29.7.2014 – 4 U 24/14, NJW-RR 2015, 163, 164.
- ²² So auch *Haas*, in: Röhricht/Graf von Westphalen/Haas (Hrsg.) (Fn. 1), § 119 Rn. 33.
- ²³ OLG Karlsruhe v. 29.7.2014 – 4 U 24/14, NJW-RR 2015, 163, 164.
- ²⁴ OLG Hamm v. 9.3.2015 – 8 U 78/14, NZG 2015, 678.
- ²⁵ *Lutter*, in: Lutter/Hommelhoff (Hrsg.), GmbHG, 14. Aufl., 1995, § 47 Rn. 4.
- ²⁶ Siehe hierzu auch DNotl-Report 1997, 3.
- ²⁷ *Bayer*, in: Lutter/Hommelhoff (Hrsg.), GmbHG, 19. Aufl., 2016, § 47 Rn. 5 a. E.
- ²⁸ OLG Frankfurt a. M. v. 18.1.1989 – 13 U 279/87, GmbHR 1990, 79.
- ²⁹ BayObLG v. 21.11.1985 – BReg 3 Z 146/85, DNotZ 1986, 373.
- ³⁰ Ebenso wohl *Haas*, in: Röhricht/Graf von Westphalen/Haas (Hrsg.) (Fn. 1), § 119 Rn. 33.

- ³¹ Siehe *Reichert/Weller*, in: Münch. Komm. GmbHG (Fn. 1), § 14 Rn. 99 f.
- ³² OLG Stuttgart v. 28.12.1998 – 20 W 14/98, GmbHR 1999, 537.
- ³³ Die Gesellschafterstellung ist nach h.M. zwingende Voraussetzung des Sonderrechts, *U. H. Schneider*, in: Scholz, GmbHG, Bd. 1, 11. Aufl., 2012, § 6 Rn. 34; *Kleindiek*, in: Lutter/Hommelhoff (Hrsg.) (Fn. 27), § 38 Rn. 10.
- ³⁴ BGH v. 17.10.1983 – II ZR 31/83, WM 1984, 29; BGH v. 4.11.1968 – II ZR 63/67, DB 1968, 2166; *U. H. Schneider*, in: Scholz (Fn. 33) GmbHG, § 38 Rn. 41; *Reichert/Weller*, in: Münch. Komm. GmbHG (Fn. 1), § 14 Rn. 108.
- ³⁵ *Reichert/Weller*, in: Münch. Komm. GmbHG (Fn. 1), § 14 Rn. 108.
- ³⁶ OLG Nürnberg, 10.11.1999 – 12 U 813/99, GmbHR 2000, 563.
- ³⁷ *Zöllner/Noack*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 21. Aufl., 2016, § 38 Rn. 63.
- ³⁸ Bei diesem kann sich das Problem nur stellen, wenn der Grundsatz der jederzeitigen Abberufung nicht gilt, weil er aufgrund eines Benennungsrechts eines Gesellschafters nur aus wichtigem Grund abberufen werden kann.
- ³⁹ BGH vom 08.11.2016 – II ZR 304/15.
- ⁴⁰ BGH v. 21.4.1969 – II ZR 200/67, NJW 1969, 1483; *U. H. Schneider*, in: Scholz (Fn. 33), § 38 Rn. 39.
- ⁴¹ Siehe dazu auch *Reichert/Weller*, in: Münch. Komm. GmbHG (Fn. 1), § 14 Rn. 107 mit terminologischer Unterscheidung zwischen Sonderrecht (dinglich) und Sondervorteil (persönlich).
- ⁴² Literaturübersicht: *Achenbach/Gottschalck* (Hrsg.), Beirat und Aufsichtsrat – Praxisberichte aus dem Mittelstand, 2016; *Bacher/Blumenthal*, Der Zustimmungsvorbehalt für Geschäftsführungsmaßnahmen in der Satzungsgestaltung, GmbHR 2016, 514; *Erker*, Beiräte – Der institutionalisierte Einfluss Dritter, DStR 2014, 105; *Gräwe/Stütze*, Rechte und Pflichten des GmbH-Beirats bei offenen Satzungsgestaltungen, GmbHR 2012, 877 ff.; *Kallrath*, Pattsituationen unter Gesellschaftern – mögliche Lösungswege, notar 2014, 75; *Kepper/Spindler*, Funktionen, rechtliche Rahmenbedingungen und Gestaltungsmöglichkeiten des GmbH-Beirats (Teil I und II), DStR 2005, 1738 und DStR 2005, 1775; *Koeberle-Schmid*, Der Beirat – wie ein kritischer Begleiter den Erfolg von Familienunternehmen sichert und steigert, 2015; *Lange*, Der Beirat als Element der Corporate Governance in Familienunternehmen, GmbHR 2006, 897; *May/Bartels* (Hrsg.), Der Beirat im Familienunternehmen, 2015; *Müller-Bonanni/Forst*, Frauenquoten in Führungspositionen der GmbH, GmbHR 2015, 621; *Otto*, Einrichtung des fakultativen Aufsichtsrats durch Gesellschafterbeschluss Kraft Satzungsermächtigung, GmbHR 2016, 19; *Reuter*, Unternehmenslenkung im Dialog zwischen Geschäftsleitung und Aufsichtsgremium, NZG 2015, 249; *Ruter/Thümmel*, Beiräte in mittelständischen Familienunternehmen, 2. Aufl., 2009; *Streicher*, Zustimmungsvorbehalte in der mitbestimmten GmbH, GmbHR 2014, 1188; *Uffmann*, Überwachung der Geschäftsführung durch einen schuldrechtlichen GmbH-Beirat?, NZG 2015, 169 ff.; *Wälzholz*, Der Beirat im mittelständischen Unternehmen – Chancen, Grenzen und Probleme, DStR 2003, 511; *Werner*, Der fehlerhafte Beiratsbeschluss, GmbHR 2015, 577; *Westermann*, Patchwork-Familien im Gesellschaftsrecht, NZG 2015, 649; *Wicke*, Corporate Governance – Fragen in der Kautelarjurisprudenz kleiner und mittelgroßer Unternehmen, ZGR 2012, 450 ff.; *Ziemons*, Rechtsanwälte im Aufsichtsrat – im Dickicht von Berufsrecht,

Aktienrecht und Corporate Governance Kodex, ZGR 2016, 839 ff.

- 43 Dies gilt vor allem bei manchen Gesellschaftsformen (insbesondere GmbH) mit mehr als 500 Arbeitnehmern nach § 76 f. BetrVG 1952, bei bestimmten Gesellschaftsformen (GmbH, GmbH & Co. KG) mit in der Regel mehr als 2000 Arbeitnehmern nach dem MitbestG und bei Montangesellschaften mit über 1000 Arbeitnehmern nach dem MontanMitbestG.
- 44 Vergleiche dazu *Vollmer*, WiB 1995, 578.
- 45 *Turner*, DB 1996, 1609; *Peltzer*, in: FS Sigle, 2000, S. 93, 98.
- 46 *Roth*, in: Baumbach/Hopt (Hrsg.) (Fn. 10), § 163 Rn. 13. Insoweit sind bei Beiräten mit Nichtgesellschaftern jedoch Grenzen bei der Kompetenzzuweisung zu beachten, da der Grundsatz der Selbstorganschaft nicht verletzt werden darf.
- 47 Vergleiche auch *Koeberle-Schmid* (Fn. 42), S. 35, 43 ff.; *Buth/Hermanns*, DStR 1996, 597; *Hinterhuber/Minrath*, BB 1991, 1201, 1202 f.
- 48 *Werner*, ZEV 2010, 619; *Kormann*, Die Arbeit der Beiräte in Familienunternehmen, 2014, S. 16 ff.; *Achenbach/Gottschalck*, in: Achenbach/Gottschalck (Hrsg.) (Fn. 42), S. 17, 21; *Grunewald*, ZEV 2011, 283; *Klumpp*, ZEV 2006, 257; *Reichert*, GmbHR 1998, 257, 264; *Peltzer*, in: FS Sigle, 2000, S. 93 ff. (speziell zu Problemen bei Familiengesellschaften im Generationenwandel; er befasst sich im Wesentlichen mit den Problemen und Gestaltungsaufgaben bei Familiengesellschaften mit *leitungsuntauglichen* Gesellschaftern aus der Sicht des Fremdmanagements).
- 49 Vergleiche *Bea/Scheurer/Gutwein*, DB 1996, 1193.
- 50 *Achenbach/Gottschalck*, in: Achenbach/Gottschalck (Hrsg.) (Fn. 42), S. 17, 19.
- 51 Vergleiche *Peltzer*, in: FS Sigle, 2000, S. 93, 98 f., der dieses Thema mit viel psychologischem Einfühlungsvermögen und einem Blick für Erwartungen eines eventuellen Fremdmanagers behandelt.
- 52 BGH v. 4.7.1977 – II ZR 55/76, NJW 1977, 2263; BGH v. 25.2.1965 – II ZR 287/63, BGHZ 43, 261 (zur GmbH und den Grenzen der Wirkungsweise); *Hinterhuber/Minrath*, BB 1991, 1201; *Yanli*, DStR 1991, 1352, 1353; *Jeschke*, in: May/Bartels (Hrsg.) (Fn. 42), S. 27.
- 53 *Priester*, GmbHR 1999, 149, 152; *Wachter*, Stiftungen – Zivil- und Steuerrecht in der Praxis, 2001, S. 207, 215.
- 54 Siehe *Achenbach/Gottschalck*, in: Achenbach/Gottschalck (Hrsg.) (Fn. 42), S. 17, 18; *May/Bartels*, in: May/Bartels (Hrsg.) (Fn. 42), S. 4.
- 55 Allgemein dazu: *Stüber*, Die Frauenquote ist da – Das Gesetz zur gleichberechtigten Teilhabe und die Folgen für die Praxis, DStR 2015, 947 ff.; *Müller-Bonanni/Forst*, Frauenquoten in Führungspositionen der GmbH, GmbHR 2015, 621; *Bayer/Hoffmann*, Gesetzeswidrige Mitbestimmungslücken bei der GmbH, GmbHR 2015, 909.
- 56 Siehe auch *Lutter/Hommelhoff*, in: Lutter/Hommelhoff (Hrsg.) (Fn. 27), § 52 Rn. 64a ff.
- 57 Siehe *Müller-Bonanni/Forst*, GmbHR 2015, 621, 622.
- 58 Strittig, für Anwendung *Lutter/Hommelhoff*, in: Lutter/Hommelhoff (Hrsg.) (Fn. 27), § 52 Rn. 64b; a. A. hingegen *Fromholzer/Simons*, AG 2015, 458.
- 59 *Lutter/Hommelhoff*, in: Lutter/Hommelhoff (Hrsg.) (Fn. 27), § 52 Rn. 64t.
- 60 Siehe *Lutter/Hommelhoff*, in: Lutter/Hommelhoff (Hrsg.) (Fn. 27), § 52 Rn. 64t;

- Fromholzer/Simons*, AG 2015, 458, 466 f.
- ⁶¹ *Müller-Bonanni/Forst*, GmbHR 2015, 621, 622.
- ⁶² *Müller-Bonanni/Forst*, GmbHR 2015, 621, 626.
- ⁶³ Besprechung des Urteils bei *Otto*, Einrichtung des fakultativen Aufsichtsrats durch Gesellschafterbeschluss Kraft Satzungsermächtigung, GmbHR 2016, 19; *Priester*, Aufsichtsrat per Öffnungsklausel, NZG 2016, 774.
- ⁶⁴ Siehe die Nachweise bei *Otto*, GmbHR 2016, 19, 20 f.
- ⁶⁵ KG v. 23.7.2015 – 23 U 18/15, GmbHR 2016, 29.
- ⁶⁶ *Otto*, GmbHR 2016, 19 ff.
- ⁶⁷ OLG München v. 9.8.2012 – 23 U 4173/11, GmbHR 2012, 1075 = NZG 2012, 1184.
- ⁶⁸ BGH v. 16.4.2015 – I ZB 3/14, NJW 2015, 3234; siehe dazu *Wilk/Ghassemi-Tabor*, NJW 2015, 3239; *Römermann*, GmbHR 2015, 1153 ff.
- ⁶⁹ *Wachter*, Gewerbliche Prägung der Einheitsgesellschaft, GmbHR 2015, 177.
- ⁷⁰ FG Münster v. 28.8.2014 – 3 K 743/13 F, GmbHR 2015, 220.
- ⁷¹ BFH v. 20.11.2014 – IV R 42/14 (noch anhängiges Verfahren).
- ⁷² Siehe R 15.8 Abs. 6 S. 5 EStR 2012.
- ⁷³ OLG Celle v. 6.7.2016 – 9 W 93/16, ZIP 2016, 1728 = NJW-Spezial 2016, 593 = GWR 2016, 383.
- ⁷⁴ Anmerkungen zum Urteil bei *Schießl*, HFR 2016, 133; *Köster*, DStZ 2016, 96; *Wendt*, BFH/PR 2016, 64.
- ⁷⁵ Siehe die Erhebung zu den statistischen Häufigkeiten der einzelnen Kompetenzen bei *Achenbach/Gottschalck*, in: *Achenbach/Gottschalck* (Hrsg.) (Fn. 42), S. 17, 24; siehe ferner *Lutter/Krieger/Verse*, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats, 2014, § 16 Rn. 1204 ff.; *Kormann* (Fn. 48), S. 7 ff.
- ⁷⁶ Beschränkt die Kompetenz des Beirates sich auf reine Beratungsaufgaben, so handelt es sich nicht um einen Aufsichtsrat, sondern der Bezeichnung nach um einen Beirat, vergleiche *Lutter/Krieger/Verse* (Fn. 75), § 16 Rn. 1206.
- ⁷⁷ *Lutter/Krieger/Verse* (Fn. 75), § 16 Rn. 1204.
- ⁷⁸ *Lutter/Krieger/Verse* (Fn. 75), § 16 Rn. 1208.
- ⁷⁹ *Zwissler*, GmbHR 1999, 1283, 1284.
- ⁸⁰ So die h.M.; die Zulässigkeit bejahend BGH v. 27.5.1982 – III ZR 157/80, BGHZ 84, 209; *Lutter/Hommelhoff*, in: *Lutter/Hommelhoff* (Hrsg.) (Fn. 27), § 52 Rn. 119; *Lutter/Krieger/Verse* (Fn. 75), § 16 Rn. 1208.
- ⁸¹ *Lutter/Hommelhoff*, in: *Lutter/Hommelhoff* (Hrsg.) (Fn. 27), § 52 Rn. 119; dies ist eher selten der Fall nach *Achenbach/Gottschalck*, in: *Achenbach/Gottschalck* (Hrsg.) (Fn. 42), S. 17, 24.
- ⁸² BGH v. 27.5.1982 – III ZR 157/80, BGHZ 84, 209; *Peltzer* in: FS Sigle, 2000, S. 93, 100.
- ⁸³ *Lutter/Krieger/Verse* (Fn. 75), § 16 Rn. 1208.
- ⁸⁴ *Achenbach/Gottschalck*, in: *Achenbach/Gottschalck* (Hrsg.) (Fn. 42), S. 17, 26.
- ⁸⁵ *Buth/Hermanns*, DStR 1996, 597, 600; *U. H. Schneider*, in: *Scholz* (Fn. 14), § 52 Rn. 93. Vergleiche auch *Lutter*, ZGR 2001, 224 ff.; *U. H. Schneider*, DB 2000, 2413 ff.
- ⁸⁶ *Born*, in: *Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn* (Hrsg.) (Fn. 4), § 109 Rn. 16; *Haack*, BB 1993, 1607, 1609.

- ⁸⁷ Roth, in: Baumbach/Hopt (Hrsg.) (Fn. 10), § 114 Rn. 24; zweifelnd Haack, BB 1993, 1607, 1609.
- ⁸⁸ Dies ist allerdings in der Regel wenig sinnvoll, da die Schaffung eines Beirates in der Regel gerade eine Trennung von Geschäftsführung und Überwachung bezweckt.
- ⁸⁹ Abspaltungsverbot (§ 717 BGB). Anders ist dies beispielsweise, wenn eine rechtsgeschäftliche Vollmacht aufgrund eines schuldrechtlichen Vertrages einem Beiratsmitglied erteilt wird. Dann handelt wiederum die Gesellschaft, vertreten durch ihr Organ, dieses wiederum vertreten durch einen Dritten – das Beiratsmitglied. Kritisch Haack, BB 1993, 1607, 1609 m. w. N.
- ⁹⁰ Vergleiche auch BGH v. 19.11.1984 – II ZR 102/84, NJW 1985, 972 ff.
- ⁹¹ Koppensteiner/Schnorbus, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff (Hrsg.) (Fn. 14), § 52 Rn. 8.
- ⁹² Lutter/Hommelhoff, in: Lutter/Hommelhoff (Hrsg.) (Fn. 27), § 52 Rn. 118.
- ⁹³ Lutter/Hommelhoff, in: Lutter/Hommelhoff (Hrsg.) (Fn. 27), § 52 Rn. 118.
- ⁹⁴ BGH v. 25.2.1965 – II ZR 287/63, BGHZ 43, 261, 264; U. H. Schneider, in: Scholz (Fn. 14), § 52 Rn. 57, 172; Lutter/Hommelhoff, in: Lutter/Hommelhoff (Hrsg.) (Fn. 27), § 52 Rn. 119; Lutter/Krieger/Verse (Fn. 75), § 16 Rn. 1209; Yanli, DStR 1991, 1352, 1353.
- ⁹⁵ Lutter/Hommelhoff, in: Lutter/Hommelhoff (Hrsg.) (Fn. 27), § 52 Rn. 118.
- ⁹⁶ Yanli, DStR 1991, 1352, 1353; Lutter/Hommelhoff, in: Lutter/Hommelhoff (Hrsg.) (Fn. 27), § 52 Rn. 119.
- ⁹⁷ Lutter/Hommelhoff, in: Lutter/Hommelhoff (Hrsg.) (Fn. 27), § 52 Rn. 119.
- ⁹⁸ Bejahend hinsichtlich eines Vetorechts für Satzungsänderungen U. H. Schneider, in: Scholz (Fn. 14), § 52 Rn. 57; anders hingegen die h.M. Lutter/Hommelhoff, in: Lutter/Hommelhoff (Hrsg.) (Fn. 27), § 52 Rn. 119; Priester, in: Scholz, GmbHG, Bd. 3, 11. Aufl., 2015, § 53 Rn. 63 m. w. N.
- ⁹⁹ Lutter/Hommelhoff, in: Lutter/Hommelhoff (Hrsg.) (Fn. 27), § 52 Rn. 120 m. w. N.
- ¹⁰⁰ Siehe Kormann (Fn. 48), S. 105 ff.
- ¹⁰¹ Vergleiche Lutter/Krieger/Verse (Fn. 75), § 16 Rn. 1210 f.; Altmeyen, in: Roth/Altmeyen, GmbHG, 8. Aufl., 2015, § 52 Rn. 23.
- ¹⁰² Das OLG Koblenz hält es zumindest für zulässig, besondere Anforderungen an die Mehrheitsverhältnisse zu stellen (nämlich $\frac{3}{4}$ wie bei einer Satzungsänderung), wenn der Aufsichtsrat überstimmt werden soll, OLG Koblenz v. 9.8.1990, 6 U 888/90, GmbHR 1991, 264 f.; zustimmend auch Altmeyen, in: Roth/Altmeyen (Fn. 101), § 52 Rn. 23 f.
- ¹⁰³ Siehe Lutter/Krieger/Verse (Fn. 75), § 16 Rn. 1227 f.
- ¹⁰⁴ Vergleiche U. H. Schneider, in: Scholz (Fn. 14), § 52 Rn. 49.
- ¹⁰⁵ Vergleiche zum Anwendungsbereich des Rechtsgedankens des § 53 Abs. 3 GmbHG Roth, in: Roth/Altmeyen (Fn. 101), § 53 Rn. 33.
- ¹⁰⁶ Bayer, in: Lutter/Hommelhoff (Hrsg.) (Fn. 27), § 53 Rn. 39 m. w. N.